UDC 34/35 : ISSN 0003-2565

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2018 /БРОЈ 3/ ГОДИНА LXVI

Анали Правног факултета у Београду

Година LXVI, бр. 3/2018, стр. 1–389

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

ПРИКАЗИ

НЕКРОЛОЗИ

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade

Year LXVI, No. 3, 2018, pp. 1–389

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

ЧЛАНЦИ

УДК 342.746(4); 343.85:614.47-053.2(4); 351.77(497.11)

CERIF: S112

Др Марија Драшкић*

ОБАВЕЗНА ВАКЦИНАЦИЈА ДЕЦЕ: ПРАВО ПАЦИЈЕНАТА ИЛИ ИНТЕРЕС ЈАВНОГ ЗДРАВЉА?

Последњих година у Србији – али и последњих деценија у многим другим државама у свету – траје интензивна кампања различитих друштвених (најчешће интернет) група против обавезне вакцинације деце. Изузимајући псеудонаучну студију Ендрјуа Вејкфилда из 1998. године, која је од тада више пута оспорена у озбиљним научним истраживањима, и неколико лекара у Србији који су се на њу позивали, целокупна стручна јавност, а посебно епидемиолошка струка, жестоко су се супротставили опасном тренду одустанка родитеља од обавезне вакцинације деце. Циљ аутора овог текста је да покаже да пристанак на обавезну вакцинацију деце није питање права на аутономију воље у медицини, која подразумева слободу сваког човека да одлучује о сопственом животу и телу, већ је питање јавног здравља, а то значи и јавног интереса, о коме би требало да одлучују компетентни професионалци.

Кључне речи: *Обавезна вакцинација. – MMR вакцина. – Права пацијената. – Права детета. – Јавно здравље.*

1. КАКО ЈЕ ПОЧЕЛО?

Ендрју Вејкфилд (*Andrew Wakefield*), британски гастроентеролог, и дванаест његових колега објавили су 1998. године у угледном медицинском часопису *Lancet* чланак у коме су приказали дванаест случајева за које су сматрали да указују на то да је MMR вакцина против малих богиња (*measles*), заушки (*mumps*) и рубела (*rubella*) могла да буде предиспозиција за регресију понашања и свеобухватан развојни поремећај код деце.[1] Упркос малом узорку

* Ауторка је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *maja@ius.bg.ac.rs.*

и спекулативној природи изложених закључака, тај чланак је добио огроман публицитет, а проценат вакцинисане деце почео је да се смањује јер су родитељи били забринути због ризика од појаве аутизма након вакцинације. Одмах након тог догађаја спроведене су и објављене репрезентативне епидемиолошке студије које су оповргавале успостављену везу између MMR вакцине и аутизма.[2] Часопис *Lancet* је, најпре, признао да су Вејкфилд и остали аутори пропустили да открију конфликт интереса у тој ствари (истраживање су са 55.000 фунти стерлинга финансирали адвокати родитеља који су водили парнице против компанија произвођача вакцина), а потом и потпуно повукао чланак у фебруару 2010. године, признајући да су Вејкфилд и остали аутори криви за превару и фалсификовање резултата.[3] Запањујуће је, међутим, да су и поред таквог исхода родитељи широм света престали да вакцинишу своју децу у страху од могуће појаве аутизма, излажући их ризику од опасних вирусних болести и добро документованих компликација које их могу пратити. Епидемија малих богиња која је 2008. и 2009. године погодила Велику Британију, САД и Канаду била је приписана масовном одустанку од вакцинације деце, а Вејкфилдова превара забележена је као једна од најозбиљнијих обмана у историји медицине.[4]

Талас страха од MMR вакцине запљуснуо је и Србију. Према саопштењу Института за јавно здравље Србије „Др Милан Јовановић Батут“, од почетка октобра 2017. године на територији Републике Србије, укључујући и територију надлежности Завода за јавно здравље Косовска Митровица, регистровано је укупно 4.829 случајева малих богиња, од којих је 2.506 лабораторијски потврђено у Институту Торлак. Већина оболелих особа (95%) била је невакцинисана, непотпуно вакцинисана или непознатог вакциналног статуса. Укупан број регистрованих смртних исхода због компликација

---

[1] Andrew Wakefield *et al.*, „Ileal-lymphoid-nodular hyperplasia, non-specific colitis, and pervasive developmental disorder in children“, *Lancet* 351(9103)/1998, 637–641.

[2] Вид., међу многим другим, Brent Taylor *et al.*, „Autism and measles, mumps, and rubella vaccine: No epidemiologic evidence for a causal association“, *Lancet* 353(9169)/1999, 2026–2029. Такође, Светска здравствена организација је 2002. године детаљно анализирала једанаест епидемиолошких студија и три лабораторијске студије независних експерата, чији је једнодушан закључак био да не постоји веза између аутизма или спектра аутистичних поремећаја и MMR вакцине. Вид. опширније Peter I. Folb *et al.*, „A Global Perspective on Vaccine Safety and Public Health: The Global Advisory Committee on Vaccine Safety“, *American Journal of Public Health* 94(11)/1926–1931.

[3] T. S. Sathyanarayana Rao, Chittaranjan Andrade, „The MMR vaccine and autism: Sensation, refutation, retraction, and fraud“, *Indian Journal of Psychiatry* 53(2)/2011, 95–96.

[4] *Ibid*.

узрокованих малим богињама износи петнаест.[5] Иако се „епидемиолошки бедем“ који штити укупну популацију од малих богиња, која је тешка и потенцијално опасна вирусна болест, постиже тек са преко 95% вакцинисаних, имунизација деце MMR вакцином у неколико последњих година непрекидно се смањује у Србији и 2016. године је износила само 81%; штавише, готово невероватно звучи податак да је тај проценат у београдској општини Стари град у истој години износио само 35,3%![6]

2. ПРАВО ПАЦИЈЕНАТА НА САМООДЛУЧИВАЊЕ (ПРАВО НА АУТОНОМИЈУ ВОЉЕ У МЕДИЦИНИ)

Права пацијената су „најмлађа“ права у каталогу заштићених људских права.[7] Познато је да је 20. век означен као „век интернационализације људских права“. То значи да су, иако се човек борио за своје достојанство и права која из њега проистичу још од антике у различитим друштвеним, политичким и културним приликама, међународни уговори о људским правима који су усвојени у 20. веку сврстали људска права у основне, универзалне вредности људског рода, учинили да сазри уверење да се на људска права могу и морају примењивати стандарди усвојени од међународне заједнице и учврстили процес ширења људских права признатих од међународне заједнице, њену све већу осетљивост на непоштовање тих права и формирање чврстих критеријума за контролу њиховог поштовања у појединим државама.[8]

Права пацијената су афирмисана захваљујући покрету који је промовисао права пацијената и који се ширио и хоризонтално и вертикално, односно и територијално и структурално, кроз различите социјалне сегменте и институционалне нивое.[9] Насупрот

5 Податак се односи на период до 19. априла 2018. године. Вид. Актуелна епидемиолошка ситуација малих богиња (морбила) у Републици Србији, *http://www.batut.org.rs/index.php?content=1629*, 20. април 2018.

6 Вид. Институт за јавно здравље Србије „Др Милан Јовановић Батут“, *Извештај о спроведеној имунизацији на територији Републике Србије у 2016. години*, Београд 2016, 9–10.

7 Интересовање за права пацијената појавило се најпре у Сједињеним Америчким Државама пре готово пола века и од тада континуирано расте и на националном и на међународном плану. Први документ који изричито помиње права пацијената била је Повеља о правима пацијента (*Patient's Bill of Rights*), коју је усвојила Америчка болничка асоцијација у фебруару 1973. године.

8 Вид. опширније Vojin Dimitrijević, „Opšti (međunarodni) standardi ljudskih prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 5–6/1989 (Supplement), 599.

9 Финска је била прва земља која је донела посебан Закон о правима пацијената још 1992. године, који ће потом послужити као узор и многим другим држа-

патерналистичког концепта медицине, који је био владајући модел у институцијама здравствене заштите све до друге половине прошлог века, повезивање области здравља са људским правима данас подразумева знатне промене у односу лекара, њихових пацијената и друштва. Од лекара се сада очекује не само да се старају о пацијентовом животу и здрављу него и да поштују аутономију пацијента и његова лична права, особито људско достојанство и право самоодлучивања у односу на властито тело. Суштина је тог става да пацијент није више објект медицине него субјект који, уз помоћ лекара, слободно одлучује о свим мерама које се тичу његовог живота и здравља. Он није само штићеник лекара него је и његов партнер у сваком медицинском третману. Такав концепт подстиче „разговорну медицину“, правни положај пацијената чини јасним и одређеним а стручни рад лекара сигурнијим и безбрижнијим, јача поверење између лекара и пацијента, осигурава бољи квалитет медицинских услуга те гарантује слободу и углед лекарског позива.[10]

Суштина права на самоодлучивање јесте у томе да пословно способан пацијент има право да одлучује о свему што се тиче његовог тела и здравља. Другим речима, без сагласности пацијента не сме се, по правилу, над њим извршити никакава медицинска интервенција.[11] С друге стране посматрано, право пацијента на аутономију значи да лекар не сме да посегне ни за најмањим гестом (као што је, рецимо, и само додиривање пацијента) без његове валидне сагласности, односно лекар који предузиме било коју медицинску интервенцију без сагласности пацијента чини прекршај који представља основ за накнаду штете.[12] Због тога свака пословно способна особа, односно

вама. Упоредноправни преглед европског законодавства у области права пацијената доступан је на: *http://europatientrights.eu*, 10. мај 2018.

[10] Вид. Јаков Радишић *et al.*, „Повеља о правима пацијената“, *Право – теорија и пракса* 12/1999, 39–46.

[11] Појам медицинска интервенција употребљава се овде као генерички појам за све врсте дијагностичких и терапијских поступака или процедура, било да је реч о хируршким, стоматолошким, психијатријским или каквим другим интервенцијама, независно од тога да ли оне укључују било какав физички додир или пенетрацију у организам пацијента и без обзира на то да ли су у питању уобичајене, безопасне, безболне и свакодневне интервенције или велики захвати у људско тело који су инвазивни, болни, опасни или ретки.

[12] Европски суд за људска права је тако утврдио повреду права на поштовање приватног живота у случају када је над подноситељком представке обављен принудни гинеколошки преглед за време боравка у полицијском притвору у Турској, будући да се радило о ствари из домена ‘приватног живота’, који свакако обухвата физички и психички интегритет појединца. Суд је посебно нагласио да тело појединца представља онај најинтимнији аспект нечијег приватног живота; према томе, присилна медицинска интервенција, чак и уколико је невеликог значаја, представља мешање у то право. Вид. *Case of Y.F. v. Turkey*, *No. 24209/94*, 22. октобар 2003, § 42–43.

особа способна за давање сагласности за предузимање медицинске интервенције, може одбити медицинску интервенцију, без обзира на то колико то може изгледати глупо или опасно, па чак и онда када услед таквог поступка може наступити смрт. Ниједан лекар не сме наметнути чак ни медицинску бригу особи против њене воље, ма колико корисна или неопходна била та брига. Тај принцип почива на човековом праву на самоодређење, које је заштићено уставима и законима свих европских земаља, САД, Аустралије и Канаде, а које, примењено на медицински домен, значи да сваки човек има право да донесе одлуку шта ће се догодити – ако ће се уопште догодити – са његовом душом или његовим телом. Уместо врховног начела Хипократове етике и патерналистичке, традиционалне медицине да је „спасавање пацијента врховни закон" (*salus aegroti suprema lex est*), нова етика и концепт пацијентових права, као и савремена медицина, захтевају да „воља пацијентова буде врховни закон" (*voluntas aegroti suprema lex est*). То је један од општих и фундаменталних принципа медицинског права.

Најзад, да би се сагласност пацијента за медицинску интервенцију сматрала правно ваљаном, потребно је да је пацијент изјавио вољу за предузимање медицинске интервенције у складу са општим прописима (мане воље, форма сагласности, разлози за ништавост итд.), да је дао сагласност на медицински индиковану интервенцију, да сагласност не противречи законским забранама, јавном моралу и добрим обичајима (допуштеност искључиво медицински индиковане добровољне стерилизације, забрана давања сагласности малолетном лицу да буде донор органа за трансплантацију итд.), да је изјаву о сагласности дао пацијент који је пословно способан за давање сагласности те да је сагласност дата након ваљаног обавештавања о свим релевантним подацима који се тичу пацијентовог здравља.[13]

3. ОГРАНИЧЕЊА ПРАВА НА САМООДЛУЧИВАЊЕ

Људска права која су зајемчена одредбама најважнијих међународних уговора о људским правима нису, међутим, апсолутна; већина тих права подлеже ограничењима која су такође детаљно прописана у тим истим нормативним изворима. Тако, на пример, Конвенција за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Европска конвенција о људским правима) предвиђа могућност законских ограничења неких права и слобода, као што су: право на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке; слобода мисли,

[13] Вид. опширније Неда Ивовић, *Сагласност за медицинску интервенцију и одговорност љекара*, Правни факултет, Подгорица 2004, 19–34.

савести и вероисповести; слобода изражавања те слобода окупљања и удруживања. Мешање јавне власти у вршење тих права сматраће се, међутим, допуштеним само ако је то у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу јавне или националне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда и криминала односно заштите јавног реда, здравља или морала или ради заштите права и слобода других.[14]

Слично генерално ограничење права пацијената на аутономију воље у медицини предвиђено је и у најважнијем међународном уговору у области права пацијената. Наиме, у Конвенцији Савета Европе о људским правима и биомедицини налази се општа забрана ограничења у коришћењу права и заштитних одредаба садржаних у тој конвенцији, осим оних које прописује закон и која су неопходна у демократском друштву ради интереса јавне безбедности, ради спречавања злочина, ради заштите јавног здравља или ради заштите права и слобода других.[15]

Када је реч о специфичном праву на самоодлучивање пацијента, у Конвенцији о људским правима и биомедицини прописује се и додатно ограничење. Наиме, ако због случаја нужде (хитности) одговарајући пристанак није могуће добити, може се одмах предузети било која медицински неопходна интервенција која је корисна за здравље онога кога се тиче.[16] Кључне речи за то одступање од начела аутономије воље у међународном праву јесу, дакле, хитност и корисност за пацијента.

У праву Србије сваком пацијенту се, на сличан начин као у међународном праву, на општи начин гарантује право да слободно одлучује о свему што се тиче његовог живота и здравља, осим у случајевима када то директно угрожава живот и здравље других лица.[17] Дакле, у односу на Конвенцију о људским правима и биомедицини, српско право је додатно прецизирало круг ситуација у којима

---

[14] Вид. Европска конвенција о људским правима, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005 и *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010 и 10/2015, чл. 8, 9, 10 и 11. Опширније о ограничењима та четири права вид. Драгољуб Поповић, Танасије Маринковић, Миодраг Радојевић (ур.), *Коментар Конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Службени гласник, Београд 2017, 160–333.

[15] Вид. Конвенција за заштиту људских права и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине: Конвенција о људским правима и биомедицини (у даљем тексту: Конвенција о људским правима и биомедицини), усвојена у Овиеду, 4. априла 1997. године, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010, чл. 26, ст. 1.

[16] Вид. Конвенција о људским правима и биомедицини, чл. 5 и 8.

[17] Вид. Закон о правима пацијената – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 45/2013, чл. 15, ст. 1.

се законом ограничава право пацијента на самоодлучивање тиме што је предвидело да се то право неће поштовати у случајевима када су директно угрожени живот и здравље других лица, што би се могло сматрати садржајем легитимног ограничења ради „заштите јавног здравља" или „заштите права и слобода других" из Конвенције о људским правима и биомедицини.

У погледу ограничења у вези са хитношћу медицинских интервенција, у српском праву је такође предвиђено да се без пристанка пацијента не сме, по правилу, над њим предузети никаква медицинска мера, односно да се медицинска мера противно вољи пацијента, односно заступника пословно неспособног пацијента, може предузети само у изузетним случајевима који су утврђени законом и који су у складу са лекарском етиком.[18] Ти случајеви „који су утврђени законом и који су у складу са лекарском етиком" додатно су описани као случајеви када је пацијент без свести или из других разлога није у стању да саопшти свој пристанак, те се хитна медицинска мера над њим може предузети и без његове сагласности, у здравственој установи и само на основу конзилијарног налаза.[19] Дакле, у погледу изузетка који се односи на случајеве хитности изгледа да је српски законодавац направио додатно решење за ситуацију када је пацијент без свести или из других разлога није у стању да саопшти свој пристанак, а налази се у здравственој установи, у ком случају је неопходно да се медицинска интервенција предузме и на основу налаза лекарског конзилијума.[20] У сваком случају, дакле, потребно је да је пацијент без свести те да је време за предузимање медицинске интервенције од круцијалне важности за исход лечења или спасавање његовог живота. Приликом оцене прихватљивости тог изузетка треба усвојити мешовити објективно-субјективни критеријум, према коме је медицинска интервенција хитна онда када се објективно види да би непредузимање такве мере могло довести до смртног исхода или тешког погоршања здравља пацијента, али се истовремено хитност има оцењивати и према околностима сваког конкретног случаја, имајући у виду субјективно стање здравља пацијента.

[18] Вид. ЗПП, чл. 15, ст. 2 и 3.

[19] Вид. ЗПП, чл. 18, ст. 1 и 2.

[20] То би значило да у неким ситуацијама, као што је, на пример, покушај самоубиства или медицинска интервенција на месту саобраћајног удеса, нема никаквих сметњи да се медицинска интервенција одмах предузме, али ако је пацијент у здравственој установи, медицинска интервенција се не би сматрала допуштеном ако би била предузета без сагласности лекарског конзилијума. У том случају, спорно би било само предузимање нове интервенције током трајања медицинске интервенције за коју је пацијент дао сагласност, када се – опет најчешће због хитности – не може чекати став лекарског конзилијума.

4. ПРАВО НА САМООДЛУЧИВАЊЕ ДЕТЕТА

Свакој одраслој особи признато је, као што је речено, једно од основних људских права – право да контролише своје сопствено тело, односно право на самоодлучивање (или право на аутономију), које значи право да самостално и слободно одлучи о свему што се тиче њеног живота и здравља. Постоје, међутим, две категорије пацијената којима недостаје капацитет да дају пуноважан пристанак за предузимање медицинске интервенције и који стога не могу да остваре самостално своје право на самоопредељење; то су деца и одрасли људи који су лишени пословне способности, или су неспособни за расуђивање, или су због неког менталног или физичког недостатка трајно неспособни за комуникацију. У сваком од тих случајева примењују се стога општи прописи о законском заступању, односно посебни прописи којима се регулише заступање особа приликом давања сагласности за предузимање медицинских интервенција.

Заступање је обављање правних послова у туђе име, али тако да права и обавезе из предузетог правног посла наступају непосредно за заступаног.[21] Када је у питању заступање деце, родитељи су законски заступници свог малолетног детета, што значи да су и сам заступник и обим његових овлашћења у заступању одређени законом. Законско заступање малолетног детета произлази из садржине родитељског права и представља, такође, право и дужност родитеља, чији је циљ да се осигура заштита личних и имовинских интереса детета. Разуме се, окосницу појма родитељског права и његов основни смисао представљају дужности родитеља, па је зато родитељско право у српском праву и законски дефинисано као право које је изведено из дужности родитеља и које постоји само у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета.[22] Заступање детета остварује се приликом закључивања правних послова, али и у поступцима пред надлежним државним органима.

У погледу начина заступања, будући да по закону родитељско право припада обама родитељима, и један и други родитељ сматрају се законским заступницима детета. Када је реч о вршењу права на заступање детета, родитељи који заједно врше родитељско право могу се споразумети, исто као и у вршењу других права и дужности из

[21] Тако Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 1995, 195.

[22] Вид. Породични закон – ПЗ, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005 и 6/2015, чл. 67. Чувени енглески судија лорд Денинг (*Lord Denning*) дефинисао је, на пример, родитељско право у једној судској одлуци као „'ишчезавајуће право', које почиње као право потпуне контроле, а завршава се као нешто што је само мало више од савета". Вид. *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority (1985), 3 All E.R. 402*.

садржине родитељског права, да дете заступа само један родитељ, односно да неке облике заступања обавља један, а друге други родитељ. Споразум може бити изричит, при чему сваки родитељ има право да тражи његову измену у свако доба. Ако, пак, нема изричитог споразума, сматра се да постоји прећутан пристанак оног родитеља који у конкретном случају не врши заступање.[23] Под тим условима посао предузет од само једног родитеља пуноважан је и други родитељ не може захтевати његово поништење. Другачије решење би водило правној несигурности и уздржавању трећих лица да ступају у правне односе са дететом које заступа само један родитељ, а то би, у крајњој линији, довело у питање ефикасност и корисност мисије родитеља као законских заступника детета.

Дакле, у ситуацији у којој дете треба да прими вакцину, сагласност за ту медицинску интервенцију даје један од родитеља (или једини родитељ) који врши родитељско право. То значи да је, ако оба родитеља врше родитељско право, сагласност једног од њих довољна, односно сагласност другог родитеља се претпоставља. Ако, пак, родитељско право врши само један од родитеља (због тога што су родитељи закључили споразум о самосталном вршењу родитељског права којим је вршење родитељског права – а тиме и право и дужност заступања детета – пренето на другог родитеља или је, у недостатку споразума родитеља, одлуку о поверавању детета другом родитељу донео суд), одредбама Породичног закона предвиђено је да и родитељ који не врши родитељско право има нека права и дужности из садржине родитељског права. Тако, родитељ који тренутно не врши родитељско право има, између осталог, и право да о питањима која битно утичу на живот детета одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право. Притом, питањем које битно утиче на живот детета сматра се *exempli causa* и предузимање већих медицинских захвата над дететом.[24] Из такве законске одредбе мора се, дакле, закључити да је сагласност оба родитеља детета неопходна не само онда када родитељи не врше заједнички родитељско право или не воде заједнички живот, него – тим пре – и у свим осталим случајевима када родитељи заједнички врше родитељско право

[23] Такав став је још давно и недвосмислено потврдила и судска пракса: „За родитеља који у парници наступа као заступник детета може се, док други родитељ не приговара, претпостављати да врши правовољано заступање на основу (прећутног) споразума с другим родитељем." Вид. одлуку Врховног суда Хрватске Гж. 383/53 од 25. маја 1953, *Naša zakonitost* 8–9/1953, 501. „Ukoliko su oba roditelja zastupnici maloljetne stranke, ne može se ni onaj roditelj, koji u parnici formalno ne nastupa kao zastupnik, saslušati kao svjedok. Njegovo saslušanje ima se izvjesti provođenjem dokaza saslušanjem stranaka." Вид. одлуку Врховног суда Хрватске Гж. 570/55 од 19. априла 1955, *Naša zakonitost* 8–9/1955, 102.

[24] Вид. ПЗ, чл. 78, ст. 3 и 4.

и воде заједнички живот у браку или ванбрачној заједници, ако је реч о медицинским интервенцијама које би се могле квалификовати као „већи медицински захвати над дететом“. Ипак, обавезна вакцинација детета (макар и ‘спорном’ MMR вакцином) никако се не би могла сматрати ‘већим медицинским захватом над дететом’, за који би била потребна и сагласност родитеља који у том тренутку не врши родитељско право.

За пристанак на вакцинацију детета које је старије од 15 година (на пример, у случају појаве епидемије неке заразне болести за коју се одређује препоручена или обавезна имунизација) није потребно никакво заступање, будући да дете које је старије од 15 година и које је способно за расуђивање може самостално дати пристанак на сваку предложену медицинску меру.[25] На тај начин, дакле, дете које је достигло задовољавајући степен зрелости добија прилику да о једном од најважнијих аспеката свог правилног и потпуног развоја доноси одлуке самостално те да, уколико жели да се користи тим својим правом, слободно одлучује о свим мерама које се тичу његовог живота и здравља. Притом, законска је претпоставка да је дете које је навршило 15. годину живота способно за расуђивање те оно, у том смислу, не мора ништа да доказује приликом давања изјаве сагласности за предузимање медицинске интервенције.

5. ОБАВЕЗНА ИМУНИЗАЦИЈА

Закон о заштити становништва од заразних болести предвиђа обавезну имунизација лица одређеног узраста и других лица одређених законом (на пример, лица запослених у здравственим установама против неких заразних болести, лица изложених одређеним заразним болестима, путника у међународном саобраћају по захтеву земље у коју се путује итд.), коју лице које треба да се имунизује, односно родитељ или старатељ тог лица, не може да одбије, осим у случају да постоји медицинска привремена или трајна контраиндикација коју утврђује доктор медицине одговарајуће специјалности или стручни тим за контраиндикације.[26] Изричитом одредбом, надаље,

[25] Вид. ЗПП, чл. 19, ст. 4, и ПЗ, чл. 62, ст. 2. Опширније о неконзистентности одредаба чл. 19 ст. 4 и 5 Закона о правима пацијената, вид. Марија Драшкић, „Права пацијената у Србији: старо вино у новој боци“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије, књига 3* (ур. Стеван Лилић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 28–41.

[26] Вид. Закон о заштити становништва од заразних болести – ЗЗСЗБ, *Службени гласник РС*, бр. 15/2016, чл. 32, ст. 2. Слично, Закон о јавном здрављу уврстио је у област деловања јавног здравља и предузимање мера санитарно-хигијенског и епидемиолошког надзора ради спречавања односно сузбијања и заразних и неза-

предвиђено је да је имунизација обавезна за лица одређеног узраста против – између осталих заразних болести – малих богиња, заушака и рубеле (MMR вакцина).[27] Дакле, као и када су у питању ограничења неких других људских права, интерес јавног здравља у том случају представља легитимни разлог ограничења права на аутономију воље у медицини, због тога што над правом пацијента да самостално одлучује о свему што се тиче његовог живота и здравља претеже интерес друштва да се заштити од опасности коју нелечене или неспречене заразне болести представљају за целокупну људску популацију.[28] То, другим речима, значи да је право пацијента на самоодлучивање ограничено законом у случају обавезне вакцинације, а то ограничење је диктирано интересом заштите јавног здравља односно заштите права и слобода других, управо онако како предвиђа и Конвенција о људским правима и биомедицини. Нема сумње, другим речима, да су одредбе Закона о правима пацијената и Закона о заштити становништва од заразних болести у сагласности са Конвенцијом о људским правима и биомедицини.

Ипак, о легитимности и уставности законских одредаба о обавезној вакцинацији деце одлучивали су и Европски суд за људска права и неколико уставних судова.

5.1. Одлуке Европског суда за људска права

Сагласност законских одредаба о обавезности вакцинације са Европском конвенцијом о људским правима била је тестирана још давно пред Европским судом за људска права. Наиме, Карло Бофа и још тринаест држављана Сан Марина обратили су се Европској комисији за људска права, наводећи да су закони Сан Марина, који

разних болести, а национални програм имунизације означио као један од важних аспеката промоције здравља и превенције болести. Вид. Закон о јавном здрављу, *Службени гласник РС*, бр. 15/2016, чл. 6, ст. 1, тач. 4 и чл. 7, тач. 5.

27 Вид. ЗЗСЗБ, чл. 32, ст. 3, тач. 1. Казненим одредбама тог закона предвиђено је да лице које одбије обавезну имунизацију лица одређеног узраста може бити кажњено новчаном казном у износу од 30.000 до 150.000 динара (чл. 85, ст. 1, тач. 6).

28 Слични разлози заштите јавног здравља постоје и у неким другим случајевима, као што је, на пример, принудно лечење и задржавање у здравственој установи лица са менталним сметњама, обавезна изолација и лечење од неких заразних болести или обавезни здравствени прегледи одређених категорија лица. Вид. Закон о заштити лица са менталним сметњама, *Службени гласник РС*, бр. 45/2013, чл. 19 и 21, и ЗЗСЗБ, чл. 27, 45 и 46. Такође, право пацијената на самоодлучивање ограничава се и у интересу јавне безбедности (на пример, утврђивање присуства алкохола и/или психоактивних супстанци код учесника у саобраћају, обавезни лекарски прегледи летачког особља итд.). Вид. Закон о безбедности саобраћаја на путевима, *Службени гласник РС*, бр. 41/2009, 53/2010, 101/2011 55/2014 и 24/2018, чл. 280, и Закон о ваздушном саобраћају, *Службени гласник РС*, бр. 73/2010, 57/2011, 93/2012 и 45/2015, чл. 189.

су их обавезивали на вакцинацију деце против низа заразних болести (дифтерија, полиомиелитис, велике богиње, хепатитис Б и велики кашаљ), противни одредбама Европске конвенције о људским правима. Подносиоци представке су се, најпре, позивали на повреду права на живот (члан 2 Европске конвенције о људским правима) тврдњом да је ризик од смрти повезан са вакцинацијом врло висок. Потом су тврдили да немогућност родитеља да слободно одлуче о томе да ли ће или неће вакцинисати своје дете представља неоправдано мешање државе у слободу мисли, савести и вероисповести, што је супротно члану 9 Европске конвенције о људским правима. Најзад, апликанти су се жалили да је прописима о обавезности вакцинације повређено и њихово право на поштовање приватног и породичног живота, које гарантује члан 8 Европске конвенције о људским правима.

Европска комисија за људска права одбацила је, из различитих процесних разлога, све представке, осим оне коју је поднео Карло Бофа, али је закључила да није основана ниједна тврдња у погледу права на чију се повреду жалио први подносилац. У вези са наводном повредом члана 2 Европске конвенције о људским правима, Европска комисија је и у тој одлуци поновила да та одредба представља заштиту против одузимања живота те да се, чак и уколико би се могло разумети да се она односи и на заштиту од физичке повреде, интервенција као што је вакцинација, сама по себи, не може сматрати мешањем у заштитни објект члана 2. Притом, подносилац представке није поднео било какав доказ да је вакцинација у конкретном случају могла представљати било какву медицинску опасност за његово дете. Поводом наводне повреде члана 9 Европске конвенције о људским правима, Комисија је подсетила да та одредба штити сферу личних и верских уверења; дакле, област која се означава као *forum internum* и обухвата све оне аспекте слободе мисли, савести и вероисповести које појединац задржава за себе. Међутим, таква заштита личне, интимне сфере сваког појединца не значи да члан 9 увек гарантује и право човека да се у јавној сфери понаша на начин који је диктиран само таквим слободним и неспутаним личним уверењима. Штавише, Комисија је приметила да се обавеза вакцинације, која је установљена законом, примењује на свакога, без обзира на његова лична или верска уверења. Најзад, Европска комисија је закључила да законодавство Сан Марина, које предвиђа обавезну вакцинацију деце против неких тешких заразних болести, представља мешање у приватни живот сваког човека, али да је такво мешање засновано и на потреби заштите јавног здравља и на потреби да се заштити здравље конкретног појединца. Комисија је, надаље, оцењивала да ли је такво мешање „неопходно у демократском друштву“ и закључила да у пракси Европског суда за људска права појам неопходности подразумева да мешање кореспондира са „нужном друштвеном потребом“

(*pressing social need*) и да је мешање пропорционално циљу који се тиме жели постићи. Комисија је стога закључила, прво, да подносилац није указао на вероватноћу да његовом детету релевантна вакцина може проузроковати било који озбиљан проблем. Надаље, Комисија сматра да кампање вакцинације, какве постоје у многим земљама и које обавезују појединце да се приклоне општем интересу те да не доводе у опасност живот других особа када њихов сопствени живот није у опасности, не прелазе границу слободне процене (*margin of appreciation*) која је остављена државама чланицама. Имајући у виду те чињенице, Комисија је сматрала да је мешање на које се подносилац представке жали пропорционално циљу који се желео постићи и може се сматрати неопходним у демократском друштву ради заштите здравља, онако како је то наведено у ставу 2 члана 8 Европске конвенције о људским правима.[29]

У једној скорашњој пресуди, *Соломакин против Украјине*, Европски суд за људска права је потврдио становиште Европске комисије за људска права о обавезној вакцинацији. Подносилац представке, наиме, тврдио је да је био вакцинисан против дифтерије у време када је боловао од акутне респираторне болести те да лекари нису проверили све релевантне контраиндикације за вакцинацију у његовом случају. Такође је тврдио да је био вакцинисан против своје воље, вакцином лошег квалитета, којој је био истекао рок трајања. Све то је довело до озбиљних здравствених проблема у његовом случају.

Европски суд је, најпре, потврдио да је у пракси Суда физички интегритет особе обухваћен концептом „приватног живота" и заштићен чланом 8 Европске конвенције о људским правима. Такође, Суд је поново нагласио да је тело појединца онај најинтимнији аспект нечијег приватног живота, па стога принудна медицинска интервенција, чак и када је невеликог значаја, представља мешање у то право. Обавезна вакцинација – као нежељена медицинска интервенција – представља несумњиво мешање у право на поштовање приватног живота, које укључује физички и психички интегритет једне особе. Суд је стога закључио да је такво мешање неспорно било учињено украјинским законом и имало је за легитимни циљ заштиту здравља. Остало је само да Суд испита да ли је такво мешање било и неопходно у демократском друштву. Према мишљењу суда, дакле, мешање у физички интегритет подносиоца представке било је оправдано разлозима заштите јавног здравља и потребом да се контролише ширење заразних болести у региону. Супротно наводима подносиоца представке, у судском поступку који је вођен пред домаћим судовима утврђено је да је медицинско особље проверило његову подобност

[29] Вид. одлуку *Carlo Boffa and 13 others v. San Marino*, *No. 26536/95* од 15. јануара 1998.

за вакцинацију пре него што је био вакцинисан, што значи да су биле предузете мере предострожности како би се осигурало да та медицинска интервенција неће бити на штету подносиоца представке у мери која би могла пореметити равнотежу интереса између личног интегритета подносиоца представке и јавног интереса заштите здравља целокупне популације. Притом, сам подносилац представке пропустио је да објасни због чега није приговорио вакцинацији у том случају, као што је то чинио у више наврата раније. Није, такође, било доказа пред Судом да је вакцинација у питању на било који начин оштетила здравље апликанта. Најзад, Суд је оценио да су наводи подносиоца представке темељно испитани пред домаћим судовима и да су били оцењени као неутемељени. Ниједан од познатих пратећих симптома вакцинације није се манифестовао код апликанта, како је то утврђено у неколико експертских медицинских извештаја. Закључци домаћих судова засновани су на великом броју медицинских података и на задовољавајућим чињеничним основама и нису арбитрарни или очигледно неосновани.[30]

5.2. Одлука Уставног суда Србије

Питање уставности цитираних одредаба Закона о заштити становништва од заразних болести било је постављено и пред Уставни суд Србије. Уставни суд је донео решење којим је одбацио више иницијатива за оцену уставности члана 32 Закона о заштити становништва од заразних болести са следећим образложењем:

„Имајући у виду све наведено, Уставни суд налази да је неспорно овлашћење законодавца да законом пропише мере здравствене заштите, за које је према правилима струке утврђено да постижу најповољније резултате у спречавању ширења заразних болести. Како је имунизација превентивна мера здравствене заштите која представља област деловања јавног здравља и предузима се ради заштите становништва у целини од одређених заразних болести, Уставни суд налази да се законодавац кретао у оквиру свог уставног овлашћења прописујући обавезност имунизације против законом одређених заразних болести. Наиме, наведена мера усмерена је на елиминисање одређених болести из целе популације, што је по схватању овог суда легитиман циљ, а уједно и обавеза државе која произлази из одредбе члана 68 став 1 Устава и њоме зајемченог права свима на заштиту физичког и психичког здравља...

Даље, како је према Закону о здравственој заштити сваки појединац дужан да чува и унапређује како своје тако и здравље дру-

[30] Вид. *Case of Solomakhin v. Ukraine*, *No. 24429/03* од 24. септембра 2012, § 33–39.

гих људи, Уставни суд налази да немогућност одбијања вакцинације логично проистиче и из наведене обавезе. Дакле, у конкретном случају, по схватању Суда, уставно право на заштиту здравља појединца у корелацији је, са једне стране, са обавезом државе на предузимање одговарајућих мера заштите, укључујући и превентивне мере заштите усмерене на целокупно становништво, а са друге стране, са обавезом сваког појединца да се подвргне одређеној мери која за сврху има и остваривање права других на заштиту здравља. С тим у вези, Уставни суд указује и на одредбу члана 26 Конвенције о људским правима и биомедицини, према којој се законом могу ограничити поједина права садржана у тој конвенцији, укључујући право да се одбије медицински захват, ако су ограничења неопходна у демократском друштву ради, између осталог, заштите јавног здравља или права и слобода других. Како је та конвенција ратификацијом постала саставни део правног поретка Републике Србије, сагласно члану 16 став 2 Устава, то је и Законом о правима пацијената прописано да пацијент има право да слободно одлучује о свему што се тиче његовог живота и здравља, осим када то директно угрожава живот и здравље других лица, те да се медицинска мера може предузети и противно вољи пацијента, односно законског заступника детета само у изузетним случајевима који су утврђени законом. Због свега наведеног, а будући да је, према наводима доносиоца акта, мера обавезне имунизације одредбама оспореног Закона прописана као неопходна мера очувања колективног имунитета ради искорењивања заразних болести и очувања здравља свих, по налажењу Уставног суда, прописивање обавезности имунизације против одређених болести утврђених законом није у супротности са уставним јемством права на заштиту физичког и психичког здравља из члана 68 став 1 Устава, како то наводе иницијатори. Напротив, наведена мера предузима се управо са циљем да се оствари највећи могући ниво очувања здравља грађана и да се искорене одређене заразне болести, а сагласно наведеној уставној одредби."[31]

5.3. Одлука Уставног суда Хрватске

Ни Уставни суд Хрватске није прихватио предлоге за покретање поступка за оцену сагласности са Уставом одговарајућих одредаба Закона о заштити пучанства од заразних болести, које се односе на обавезну вакцинацију. Један од подносилаца предлога свој је захтев образложио и тиме да се оспореним одредбама намеће и санкционише обавеза вакцинације, а да притом држава не јемчи грађанима да након вакцинације неће обољевати од болести против којих су се морали вакцинисати. Указао је, такође, и на могуће здравствене

[31] Вид. Решење Уставног суда IУз 48/2016 од 26. oktobra 2017, *http://www.ustavni.sud.rs/page/ jurisprudence/35/*, 25. мај 2018.

компликације у вези с вакцинацијом, сматрајући да се људски организам ефикасније и уз мањи ризик штити од заразних болести развијањем природног имунитета различитим неконвенционалним поступцима (медитације, енергизације, музикотерапије) и природним начином живота, употребом природних производа (посебно пчелињих производа) него обвезном имунизацијом.

Уставни суд Хрватске је, међутим, оценио неоснованим такве наводе, руководећи се мишљењем Министарства здравља које је прибавио током поступка нормативне контроле: „U dostavljenim mišljenjima Vlada Republike Hrvatske i Ministarstvo zdravstva ističu da je aktivna imunizacija najdjelotvornija i najsigurnija mjera u sprječavanju infektivnih bolesti, koje su najčešće u dječjoj dobi kada su biološki obrambeni mehanizmi najslabije razvijeni. Navode da je glavna svrha aktivne imunizacije stvaranje specifične otpornosti u najmlađoj, odnosno najosjetljivijoj populaciji. Što se tiče komplikacija koje se mogu javiti u vezi s cijepljenjem, navode da se kliničke propratne pojave javljaju vrlo rijetko, najčešće lokalno u obliku crvenila i bolnog otoka. Ističu da se provođenje aktivne imunizacije u dječjoj dobi, kako u Republici Hrvatskoj, tako i drugdje u svijetu, pokazalo kao najdjelotvornija mjera zdravstvene zaštite u sprječavanju infektivnih bolesti, putem koje su neke bolesti iskorijenjene (velike boginje), a neke postale izvanredno rijetke (difterija, dječja paraliza) ili rijetke (ospice)...

Sagledavajući osporene odredbe sa stajališta navedenih ustavnih odredbi, nedvojbena je ovlast zakonodavca da zakonom propiše mjere zdravstvene zaštite, za koje je prema pravilima struke utvrđeno da postižu najpovoljnije rezultate u sprječavanju širenja zaraznih bolesti, kao i sankcije za one koji čine prekršaj, ne pridržavajući se propisanih mjera... Slijedom navedenoga, odbijanjem cijepljenja roditelji ugrožavaju zdravlje vlastite djece, zdravlje drugih osoba koje zbog medicinskih kontraindikacija nisu cijepljene i osoba kod kojih cijepljenjem nije postignuta zadovoljavajuća zaštita (niti jedno cijepljenje ne štiti 100% cijepljenih osoba), te im time uskraćuju pravo na zdrav život... S tim u vezi, radi osiguranja navedenog prava, opravdano je zakonom obvezati građane na cijepljenje protiv bolesti čije je sprečavanje od interesa za Republiku Hrvatsku... Prema tome, radi zaštite zdravlja djeteta i djetetova prava na zdravlje, opravdano je roditeljima uskratiti izbor necijepljenja jer je pravo djeteta na zdravlje više od prava roditelja na (pogrešan) izbor.“[32]

[32] Вид. решење U-I-5418/2008, U-I-4386/2011 и U-I-4631/2011 од 30. јануара 2014. Уставни суд Хрватске је донео и одлуку којом је одбио уставну тужбу поднету против пресуде Прекршајног суда у Вараждину, којом је подноситељка оглашена кривом због тога што није дозволила да њена малолетна ћерка буде вакцинисана вакцином *Pentaxim* и *Engerix* против дифтерије, тетануса, великог кашља и дечје па-

5.4. Одлука Уставног суда Словеније

Уставни суд Словеније је, такође, одлучивао о уставности словеначког Закона о заразним болестима и том приликом донео једну занимљиву одлуку. Наиме, Уставни суд је, разматрајући уставност појединих одредаба Закона о заразним болестима, утврдио да члан 22.1.1 Закона о заразним болестима несумњиво представља мешање у поједина људска права – права на самоодлучивање и права на заштиту физичког интегритета (члан 35 Устава), као и права на пристанак на медицинску интервенцију (члан 51.3 Устава), али да је циљ оспорених законских норми које детерминишу обавезну вакцинацију у томе да спречавају ширење заразних болести. Стога би заштита појединаца од заразних болести морала бити обезбеђена до највишег могућег степена, а избијање епидемија спречено, будући да су заразне болести у прошлости проузроковале оштећење здравља – а некада и смрт – великог броја људи. Вакцинацијом против заразних болести постиже се имунитет за онога ко се вакцинисао, а са 90% – 95% вакцинисане популације постиже се и колективни имунитет целокупне популације, тако да ширење заразних болести и избијање епидемија може бити спречено само ако се постигне задовољавајући степен опште имунизације. Због тога је неопходно да свака особа буде вакцинисана, осим ако постоје оправдани разлози (контраиндикације) да се вакцинација изостави. Будући да сам Устав у члану 51.3 дозвољава да законом могу бити одређене здравствене мере и без сагласности пацијента, јасно је да се законодавно може уредити и обавезна вакцинација ради постизања жељеног циља, а то је осигурање колективне заштите од заразних болести. Због тога се појединци не могу користити својим правом на самоодлучивање, позивајући се на то да ће ширење заразних болести бити спречено захваљујући онима који су пристали на вакцинацију. Вакцинација је у великој мери допринела подизању општег нивоа заштите здравља становништва, односно значајном смањењу болесних и умрлих од заразних болести, будући да последњих година није било епидемија, па чак ни индивидуалних случајева обољевања од одређених заразних болести. Уставни суд Словеније је отуда закључио да обавезна вакцинација, која је прописана чланом 22.1.1 Закона о заразним болестима, јесте адекватна мера за достизање жељеног легитимног циља, а то је превенција и контрола заразних болести. Штавише, Уставни суд Словеније налази да корист коју за здравље појединаца и шире заједнице представља вакцинација превазилази могућу штету која се може догодити појединцима од споредних ефеката обавезне имунизације. Према

рализе. Вид. одлуку U-III-7725/2014 од 11. јула 2017, *https://www.usud.hr/ hr/praksa-ustavnog-suda*, 25. мај 2018.

мишљењу експерата, ризик да појединци претрпе штету у свом здрављу због тога што су вакцинисани знатно је мања него што би била штета коју би им причинила сама болест, која би могла проузроковати много опасније последице него вакцинација.[33] Чак и када би се у појединачним случајевима појавиле нежељене последице вакцинације, оне углавном имају блажи облик и редовно нестају без икакве додатне медицинске интервенције или трајних последица (блага алергијска реакција, мало повишена температура, главобоља итд.), а медицинска интервенција или хоспитализација је потребна врло ретко.[34] Напротив, у оним ситуацијама, када би вакцинација представљала исувише велики ризик за здравље пацијента, Закон омогућује да се пронађу трајни или привремени оправдани разлози за изостанак вакцинације. Пропуштање обавезне вакцинације, међутим, представљало би велики ризик у оним ситуацијама у којима би се број вакцинисаних особа у укупној популацији смањио испод критичног лимита јер би то значило поновно појављивање неких заразних болести или епидемија. Такве последице за здравље и животе људи биле би непропорционално веће него што је ризик да се догоде проблеми са здрављем који се само изузетно догађају након вакцинације. Другим речима, Уставни суд налази да користи од обавезне вакцинације за здравље појединаца и припадника шире заједнице превазилазе последице мешања у уставна права сваког човека и зато обавезна вакцинација, како је дефинисана у Закону о заразним болестима, није претерана мера.

Оспорене законске одредбе Уставни суд Словеније оцењивао је и у односу на члан 56 Устава, закључивши да оне не могу бити у супротности са правима детета. Наиме, Устав обавезује државу да деци обезбеди специјалну заштиту и бригу, а законодавац гарантује такву заштиту одредбама у области породице, рада и социјалног права, као и у другим правним областима. Специјална заштита и брига мора бити гарантована деци такође и у области здравствене заштите. Прописујући обавезну вакцинацију законодавац је управо деловао у складу са са обавезом да обезбеди свима, а посебно деци, неопходне превентивне и куративне здравствене мере које гарантују највиши могући ниво здравља. Стога, према мишљењу Уставног суда, нису

[33] Тако и Alenka Šelih, „Pravni vidiki obveznega cepljenja“, *XI. srečanje pediatrov v Mariboru* (ur. Ciril Kržišnik, Alojz Gregorič), Slovenska pediatrija – Pediatrična klinika, Ljubljana 2000, 52–54.

[34] Медицински експерти потврђују да се, истовремено са непрестаним смањењем броја пацијената који су оболели од заразних болести против којих су вакцинисани, свака последица која би се могла довести у везу са вакцинацијом помно прати и привлачи пажњу и лекара и вакцинисаних особа и опште јавности. Вид. Alenko Kraigher, „Cepljenje – najučinkovitejša zaščita pred nalezljivimi boleznimi“, *ISIS, Glasilo Zdravniške zbornice Slovenije* 11/2001, 54–55.

основани наводи подносилаца да обавезна вакцинација представља злоупотребу деце.[35]

У другом делу одлуке, међутим, Уставни суд Словеније је утврдио да је Закон о заразним болестима у нескладу са Уставом, због тога што он не регулише посебан поступак нити права оних особа које су погођене тиме што нису прописани оправдани разлози за изузимање од обавезне вакцинације и, с друге стране, што не предвиђа одговорност државе за накнаду штете која може настати као последица обавезне вакцинације. Уставни суд је проценио да би законодавац требало посебно да регулише заштиту особа које су претрпеле штету услед вакцинације и форму за надокнаду такве штете. Наиме, принцип солидарности, који је *inter alia* основ за одређивање мере обавезне вакцинације, захтева да држава која је одредила такву меру у корист свих мора да пружи компензацију повређеним појединцима за штету коју им је та мера проузроковала, независно од тога да ли постоје претпоставке о одговорности за штету према општим правилима. Било би, другим речима, неприхватљиво да појединац сам сноси штету која је настала као последица обавезне медицинске мере која је успостављена на општу корист. Но, како је овде реч о правној празнини, односно о томе да законодавац није правно уредио нешто што би требало да буде регулисано, није могуће поништити законску одредбу као санкцију за утврђену неуставност. Због тога је Уставни суд Словеније, у складу са чланом 48 Закона о Уставном суду, усвојио деклараторну одлуку и наложио законодавном телу да, у року од годину дана, отклони утврђену несагласност Закона са Уставом, имајући у виду разлоге које је у тој одлуци навео Уставни суд.[36] Такав став Уставног суда Словеније сврстава га међу оне уставне судове у Европи који заступају доктрину о прихватању надлежности за оцењивање уставности правних празнина, за разлику од Уставног суда Србије, који је у више наврата био позван да се изјасни о неуставности правних празнина, али ни у једном случају није прихватио јурисдикцију да одлучује у таквим предметима.[37]

---

[35] Вид. Одлуку Уставног суда Словеније U-I-127/01 од 12. фебруара 2004, § 12–25, *Uradni list RS*, бр. 25/2004.

[36] *Ibid*., § 26–28. Словеначки парламент је, у извршењу те одлуке Уставног суда, заиста убрзо донео Закон о изменама и допунама Закона о заразним болестима (*Uradni list RS*, бр. 119/2005), којим је утврдио како разлоге и процедуру за одустанак од обавезне вакцинације (члан 3), тако и одговорност за накнаду штете оним особама које су претрпеле штету на свом здрављу због подвргавања обавезној вакцинацији које је предвиђено тим законом (члан 4).

[37] Вид. опширније Agneš Kartag Odri, „Mind the gap! – On problems of legal gaps in jurisprudence", *Central and East European Network of Jurisprudence*, *The Annual Conference*, Maribor 2009; Боса Ненадић, Агнеш Картаг Одри, Катарина Манојловић

6. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА: ПОСТОЈИ ЛИ АЛТЕРНАТИВА ЗА ОБАВЕЗНУ ИМУНИЗАЦИЈУ?

Обавезна вакцинација деце од заразних болести које могу бити опасне и тешке а лако преносиве несумњиво је најсигурнији начин заштите најбољег интереса деце и један од начина да се деци обезбеди највиши ниво здравствене и медицинске заштите, а тиме и несметан опстанак и развој.[38] Међутим, да би вакцинација била делотворна, треба да постоји колективни имунитет, што значи да није довољно да се појединац сам вакцинише и тако заштити од заразних болести, већ је неопходно да то учине и готово сви остали чланови заједнице. Стопа покривености вакцинацијом, која је нужна за заустављање заразе, различита је за разне болести, али је за оне најинфективније, које су покривене ММР вакцином, изразито висока и захтева обухват од 95% дечје популације. Истина је, такође, да код неких појединаца постоје медицинске контраиндикације за вакцинацију (на пример, оболели од малигних болести, пацијенти с трансплантираним органима, труднице, особе које развијају алергијску реакцију на вакцине итд.), али је баш за њих посебно значајно да постоји имунолошки бедем опште популације, како не би били у прилици да се заразе иако сами нису примили вакцину.

Упркос томе, постоје људи који се противе обавезној вакцинацији своје деце. Разлози за такав став су многобројни и обухватају широк спектар околности, од оних најбаналнијих – који се заснивају на мешавини прича, гласина, предрасуда, анегдота и тврдњи чије упориште не може да се нађе у кредибилним изворима – па до генералне склоности људи да показују отпор према свему на шта су присиљени. Вакцинација се представља као право грађана да слободно одлучују о животу и здрављу своје деце и као право на слободу мишљења у амбијенту политичке коректности, иако је реч о базичним научним чињеницама које се налазе у домену јавног здравља и општег интереса, у чему кључну реч морају да имају квалификовани професионалци.

Ипак, алтернатива за обавезну вакцинацију деце свакако постоји мада то није „медитација, енергизација, музикотерапија и природни начин живота“. Алтернатива за обавезну имунизацију јесте само добровољна имунизација, а до ње се може доћи једино упорним и сталним информисањем људи о кредибилним научним сазнањима

Андрић, „Проблематика правних празнина у уставној јуриспруденцији – пример Републике Србије“, *Правни живот* 14/2008, 669–701.

[38] Вид. Конвенција о правима детета, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/1990 и *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/96 и 2/97, чл. 24, ст. 1 и чл. 6, ст. 2, и ПЗ, чл. 62, ст. 1.

и уверавањем да постоје научно проверљиве чињенице и да су оне доступне. Штавише, едукација грађана о предностима имунизације показала се као успешно решење којим је постигнут висок степен заштите вакцинама у земљама као што су Велика Британија, Холандија, Норвешка, Данска, Финска, Немачка и Шведска.[39] Још један алтернативни приступ демонстрирала је Аустралија, која почевши од 1998. године родитељима нуди финансијски подстицај од 2.100 аустралијских долара ако до пете године вакцинишу своје дете. Метода се показала успешном и подигла је обухват вакцинисане деце од 75% 1997. године на више од 90% 2013. године.[40]

Најзад, чини се разумном и одлука Уставног суда Словеније да држава треба да одговара у појединачним случајевима у којима буде неспорно утврђено да је наступила штета проузрокована вакцином јер је то једини начин да се компензује добробит од обавезне вакцинације опште популације оним ретким појединцима чије је здравље из неког посебног разлога (неодговарајући квалитет вакцине, недовољна пажња лекара приликом процене индикација за одустанак од вакцинације, ретке нежељене последице вакцинације итд.) оштећено пристанком на обавезну вакцинацију. Да такви случајеви постоје, потврђују и судске одлуке у којима је утврђена одговорност државе за накнаду штете настале у вези са обавезном вакцинацијом, а које су до сада донете у различитим околностима и од судова различитих земаља. Иако су такве пресуде у јавности много пута погрешно интерпретиране[41], веома је важно да се о њима пише и да се оне коментаришу јер је то једини начин да слика о несумњивим користима и изузетно ретким ризицима од обавезне вакцинације буде потпуна и научно верификована.

---

39 Тако, D. Sobol, „Cijepljenje djece s medicinsko-pravnog aspekta“, *http://www.iusinfo.hr/Article/*, 9. новембар 2017. Велика Британија није увела обавезну вакцинацију деце чак ни у време масовног одустанка родитеља од MMR вакцине почетком овог века, већ је значајно повећала новчана средства за образовање о користима вакцинације, ослањајући се посебно на велику и одговорну улогу лекара у промовисању таквих знања.

40 Нав. према Ivana Tucak, „Obvezno cijepljenje djece: za i protiv“, *http://www.cijepljenje.info/wpcontent/uploads/2014/12/Ivana_Tucak_Obvezno_cijepljenje_djece_za_i_protiv.pdf*, 28. август 2017.

41 Више о једној таквој важној одлуци Европског суда правде у случају *N. W. and others v. Sanofi Pasteur*, у којој се Суд изјаснио о спорним питањима доказног поступка у постојећем режиму одговорности произвођача вакцине, вид. Марија Караникић Мирић, „Одговорност произвођача вакцине у пракси Европског суда правде“, *Српска политичка мисао* 4/2017, 137–159.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Dimitrijević, V., „Opšti (međunarodni) standardi ljudskih prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 5–6/1989 (Supplement).

Драшкић, М., „Права пацијената у Србији: старо вино у новој боци“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије, књига 3* (ур. С. Лилић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013. (M. Draškić, „Prava pacijenata u Srbiji: staro vino u novoj boci“, *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, *knjiga 3* (ur. S. Lilić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013)

Folb, P. I. *et al.*, „A Global Perspective on Vaccine Safety and Public Health: The Global Advisory Committee on Vaccine Safety“, *American Journal of Public Health* 94(11)/2004.

Ивовић, Н., *Сагласност за медицинску интервенцију и одговорност љекара*, Правни факултет, Подгорица 2004. (Ivović, N., *Saglasnost za medicinsku intervenciju i odgovornost ljekara*, Pravni fakultet, Podgorica 2004)

Караникић Мирић, М., „Одговорност произвођача вакцине у пракси Европског суда правде“, *Српска политичка мисао* 4/2017. (Karanikić Mirić, M., „Odgovornost proizvođača vakcine u praksi Evropskog suda pravde“, *Srpska politička misao* 4/2017)

Kartag Odri, A., „Mind the gap! – On problems of legal gaps in jurisprudence“, *Central and East European Network of Jurisprudence*, *The Annual Conference*, Maribor 2009.

Kraigher, A., „Cepljenje – najučinkovitejša zaščita pred nalezljivimi boleznimi“, *ISIS*, *Glasilo Zdravniške zbornice Slovenije* 11/2001.

Ненадић, Б., Картаг Одри, А., Манојловић Андрић, К., „Проблематика правних празнина у уставној јуриспруденцији – пример Републике Србије“, *Правни живот* 14/2008. (Nenadić, B., Kartag Odri, A., Manojlović Andrić, K., „Problematika pravnih praznina u ustavnoj jurisprudenciji – primer Republike Srbije“, *Pravni život* 14/2008)

Поповић, Д., Маринковић, Т., Радојевић, М. (ур.), *Коментар Конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Службени гласник, Београд 2017. (Popović, D., Marinković, T., Radojević, M. (ur.), *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Službeni glasnik, Beograd 2017)

Радишић, Ј. *et al.*, „Повеља о правима пацијената“, *Право – теорија и пракса* 12/1999. (Radišić, J. *et al.*, „Povelja o pravima pacijenata“, *Pravo – teorija i praksa* 12/1999)

Sathyanarayana Rao, T. S., Andrade, C., „The MMR vaccine and autism: Sensation, refutation, retraction, and fraud“, *Indian Journal of Psychiatry* 53(2)2011.

Sobol, D., „Cijepljenje djece s medicinsko-pravnog aspekta“, *http://www. iusinfo. hr/Article/*, 9. новембар 2017.

Станковић, О., Владимир Водинелић, В., *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 1995. (Stanković, O., Vladimir Vodinelić, V., *Uvod u građansko pravo*, Nomos, Beograd 1995)

Šelih, A., „Pravni vidiki obveznega cepljenja“*, XI. srečanje pediatrov v Mariboru* (ur. Ciril Kržišnik, Alojz Gregorič), Slovenska pediatrija – Pediatrična klinika, Ljubljana 2000.

Taylor, B. *et al*., „Autism and measles, mumps, and rubella vaccine: No epidemiologic evidence for a causal association“, *Lancet* 353(9169)/1999.

Tucak, T., „Obvezno cijepljenje djece: za i protiv“, *http://www.cijepljenje. info/wpcontent/ uploads/2014/12/Ivana_Tucak_Obvezno_cijepljenje_ djece_za_i_protiv.pdf*, 28. август 2017.

Wakefield, A. *et al*., „Ileal-lymphoid-nodular hyperplasia, non-specific colitis, and pervasive developmental disorder in children“, *Lancet* 351(9103)/1998.

Marija Draškić, PhD

Full Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

COMPULSORY VACCINATION OF CHILDREN: RIGHTS OF PATIENTS OR INTERESTS OF PUBLIC HEALTH?

Summary

In recent years in Serbia – but also in recent decades in many other countries in the world – an intensive campaign of various social (most often Internet) groups against compulsory vaccination of children has taken place. Except for the pseudo-scientific study of Andrew Wakefield (1998), which has since been contested several times in serious scientific researches, as well as a few medical doctors in Serbia who referred to it, the whole of expert stakeholders, and epidemiologists in particular, has fiercely opposed the dangerous trend of parents renouncing compulsory vaccination of their children. This article aims to show that the consent to compulsory vaccination of children is not a matter of the right to

autonomy in the field of medicine – which implies the freedom of every human being to decide on one's own life and body – but instead a matter of public health, which inevitably means of public interest as well, a matter which should be decided by competent professionals.

Key words: *Compulsory vaccination. – MMR vaccine. – Patients' rights. – Rights of the child. – Public health*.

Article history:
Received: 12. 6. 2018.
Accepted: 10. 9. 2018.

УДК 347(37); 34:929 Крстић Н.

CERIF: H210, H300, S100, S110

Др Жика Бујуклић*

РИМСКО ПРАВО У ДОКТОРСКИМ ТЕЗАМА НИКОЛЕ КРСТИЋА ИЗ 1854. ГОДИНЕ

Аутор анализира десетак „теза“ из области римског права садржаних у докторском раду Николе Крстића Theses ex scientis juridicis et politicis, који је одбранио на Краљевском универзитету у Пешти 1854. године. Овај латински текст до сада нигде није објављен, па је целовито превођење и стручно коментарисање задатак који тек чека правну науку. Међутим, аутор је већ на основу парцијалне анализе, која обухвата само мањи исечак од укупно седамдесетак теза, закључио да је овај кандидат располагао завидним правничким образовањем и смелошћу да се упусти у до тада недовољно истражене области правне науке. Крстић је показао добро познавање темељних установа римског права и жељу да у своје „тезе“ унесе проблематику која је иновативна, недовољно испитана. Упоређивао је римске установе међусобно, компарирао их са правом других античких народа, трагајући за њиховим утицајима у средњовековној Србији и у модерним грађанским законицима (СГЗ и АГЗ). Крстићева истраживања су први зачеци правноисторијске науке у нас и он се оправдано сматра оснивачем те правне дисциплине на Београдском универзитету. Аутор закључује да су питања која је Крстић покренуо остала предмет проучавања бројних цивилиста и романиста, све до најновијих времена.

Кључне речи: *Никола Крстић. – Докторски рад. – Римско право. – Душаново законодавство. – Српски и Аустријски грађански законик.*

1. ОДБРАНА ДОКТОРАТА НИКОЛЕ КРСТИЋА 1854. ГОДИНЕ

Никола Крстић (1829–1902) стекао је звање доктора „свеукупног права“ (*doctor iuris universi*) 1854. године на Краљевском универзитету у Пешти, одбранивши рад насловљен *Theses ex scientis*

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *bujuklic@ius.bg.ac.rs*.

juridicis et politicis.[1] У то време су се под тим типизираним називом означавале кратке сентенце, научне тврдње (тј. „тезе“) које је тек требало усмено одбранити. Дакле, то нису биле обимне монографије посвећене једном одређеном проблему већ нека врста *скице задатих тема*, изложених на неколико страница, које обухватају питања из најразличитијих области „правних и политичких наука“. Зато се за стицање докторског звања тражило широко познавање сасвим различитих правних области, које су кандидати претходно морали да положе кроз тзв. ригорозуме (*examina rigorosa*), три обимна строга испита којима се приступа после четворогодишњих основних студија. На основу претходно стеченог знања током студија, сваки кандидат је морао да уобличи сопствене тезе о којима се пред одговарајућом комисијом („опонентима“) водила „дишпутација“, како се тада називала та стручна расправа.[2]

Отуда и Крстићеве *Theses ex scientis juridicis et politicis* обухватају седамдесетак кратких теза написаних на латинском, на свега четири странице, и груписаних у десет поглавља: природно право, канонско, римско, аустријско грађанско право, угарско приватно право, процесно право, менично, кривично, политичке науке и статистика.[3] Према тадашњој пракси, овај текст је претходно морао бити одштампан, како би свима био доступан, па је тек потом брањен на Краљевском пештанском универзитету, у тачно одређено време, које је истакнуто већ на насловној страници: *Die 17-a mensis, hora 4 pomeridiana* (17. јула, у 4 по подне).

О томе како је текла сама одбрана нема сачуваних података, па чак ни у волуминозним мемоарима Николе Крстића, у којима је

[1] Nicolaus Krstić, *Theses ex scientiis juridicis et politicis*, *quas in c. r. sc. Universitate Pestana superatis examinibus rigorosis consensu l. facultatis juridicae pro consequenda laurea doctoris juris universi publice propugnantas Nicolaus Krstić aa. ll. et philosophiae doctor, in Liceo principatus Serbiae albagraecensi enciclopediae et historiae juris profesor, nec comissionis scholasticae ejatus membrum*, Pestini 1854. Захваљујем се колеги Золтану Бади из Српског института у Будимпешти који ми је помогао да дођем до овог текста из архиве у Националној библиотеци „Сечењи“ (*Sign. 3166 OSZK Plakát– és Kisnyomtatványtár*). Посебну захвалност дугујем госпођи Агнеш Копчаи (*Ágnes Kopcsay*), руководиоцу поменутог одељења, која је дозволила скенирање Крстићевих теза, уз одобрење да копије могу користити у овом научном раду.

[2] Без одговарајуће архивске грађе остаје отворено питање да ли је Крстић, осим поменутих *theses*, на докторском испиту имао и *dissertatio inauguralis*, као и Сава Текелија, Јован Хаџић и Лаза Костић, који су на тај начин стекли звање *doctor iuris universi* на Пештанском универзитету. Оно обухвата стручност за „оба права“, и цивилно и канонско (*doctor utriusque iuris*). Жика Бујуклић, *Правнички домети песника Лазе Костића*, Београд 2018, 45–47.

[3] Назив „политичке науке“ се овде само условно користи јер је тадашња терминологија имала нешто другачије значење од данашњег. Реч „политика“ се употребљава у најопштијем значењу, као „управљање друштвом“.

он до детаља описивао не само бројна збивања из политичког живота тадашње Србије, у који је и сам био активно укључен, већ и из његовог приватног живота.[4] Никакве податке о томе није оставио ни Стојан Новаковић у обимној Крстићевој биографији.[5] Из тих извора само сазнајемо да је Крстић већ у јуну 1851. године стекао докторат филозофије (што је у Угарској била нека врста више гимназије), чиме је испунио услов да отпочне студије права. Додуше, и пре него што је докторирао права, он је 1853. године, са само 25 година, ангажован на Лицеју у Београду, где је на тек отвореној катедри предавао *Енциклопедију права* и *Историју законознања*. Ову правну дисциплину Крстић је први увео на Лицеј, па се и сматра родоначелником катедре за правну историју.[6] Те исте године постао је члан *Друштва србске словесности* и именован је у Школску комисију при Министарству просвете.[7] Годину дана после одбрањених теза, 11. јуна 1855, Николу Крстића је пештански Правни факултет „нарочитом дипломом примио за свог почасног члана и дао му сва права и повластице које у Угарској уживају чланови тога факултета“.[8]

Нажалост, Крстићев докторски рад до сада нигде није објављен, па је његово превођење и стручно коментарисање задатак који тек чека правну науку. То је пут којим се може доћи и до бар приближне представе о темама о којима су могли расправљали пештански учени „опоненти“ са овим младим српским докторандом.

Пред сличним проблемом нашли су се и правни историчари који су се бавили одбраном докторских *Theses ex scientis juridicis et politicis* Лазе Костића, на истом Правном факултету 1. маја 1866. године. У недостатку других сведочанстава, поједини аутори су приступили својеврсној реконструкцији тока јавне одбране, указујући на правце у којима су се евентуално могли одвијати Костићево

[4] Рукопис је сачуван у Архиви САНУ и објављен у осам томова: Никола Крстић, *Дневник приватног и јавног живота*, I–VIII, Београд 2005–2007.

[5] *Споменица Др. Николе Крстића*, Српска краљевска академија, Београд 1908, 1–89.

[6] Sima Avramović, „Nastanak i razvitak pravnoistorijskih predmeta na Pravnom fakultetu u Beogradu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 5–6/2013, 921–944.

[7] О томе Драган Николић, „Никола Крстић – први професор правне историје на београдском Лицеју“, *Архив за правне и друштвене науке* 43(1)/1987, 81–88.

[8] *Споменица Др. Николе Крстића*, 11. Међутим, Крстић је већ 1862. године напустио професорску каријеру и постао начелник полицијског одељења у Министарству унутрашњих дела, а потом је био председник Касационог суда (1875) и члан Државног савета (1894). *Ibid*., 12–13. Ипак, високи државни положаји, уз посебну наклоност кнеза Михајла, нису задовољавали његове амбиције и Крстић се више пута враћао на Лицеј као хонорарни професор. Тако је током 1864. ангажован на предметима *Римско право* и *Кривично право* (*са поступком*), а средином седамдесетих као професор *Грађанског законика* (до 1875). Д. Николић, 84.

усмено излагање и сама „дишпутација“ (расправа).[9] Прихватајући истоветан методолошки приступ, у овом раду ћемо се позабавити анализом само оних поставки у Крстићевим *Theses* које се односе на римско право, насловљене *E(x) Jure Romano*. Њих има укупно седам и обухватају установе из области статусног, породичног, наследног и процесног права, па чак и питање рецепције римског права у средњем веку.

2. О РЕЦЕПЦИЈИ РИМСКОГ ПРАВА НА ИСТОКУ И ЗАПАДУ

Jus Romanum tam in Occidente, quam in Oriente quondam validum, in jus antiquum Serbicum vix aliquem exeruit influxum. (Римско право, које је својевремено важило и на Истоку и на Западу, једва да је имало икаквог утицаја на старо српско право.)[10]

Већ је Стојан Новаковић у Крстићевој биографији истакао како је „докторски кандидат у Пешти гледао на правну науку тако да је српском праву, и у историји и у садашњости, свуда тражио његово место“, закључујући: „Карактеристично је како се у многим питањима тога испита узима обзир на српско право.“ Тај став потврђује кратком анализом појединих правних установа које су обухваћене Крстићевим тезама, не само у римском праву, него и у канонском и аустријском.[11] Сам овај податак је драгоцен јер указује на чињеницу да је Крстићев докторски рад, брањен на латинском језику усред Пеште, српском праву посветио одговарајућу пажњу. Изнета аргументација током одбране несумњиво је зависила од нивоа знања самог кандидата, али је утемељеност изложених „теза“ била ограничена и оним што је тадашња наука омогућавала.

Правна наука се питањем рецепције римског права у средњовековној Србији почела бавити током XIX века, управо у време када је доминирала Савињијева историјскоправна школа. У трагању за „националним духом“ српског народа, полазећи уз то и од пансловенских романтичарских идеја, у Душановом законодавству су видели највернији одраз словенског обичајног права. Тако је Пољак Вацлав Маћејовски (1792–1883), у својој *Историји словенских права*, истицао да је постоји „тесна свеза између свију Славена, и у самим правима њиовим“ а да је српско средњовековно право, оличено у

9 Срђан Шаркић, *Лазар Костић, Theses e scientiis iuridicis et politicis (Тезе из правних и политичких наука)*, Матица српска, Нови Сад 2011, 13–63.

10 Тезе су преведене уз консултације са др Милицом Кисић Божић, доцентом на Катедри за историју на Одсеку медиевалистике Филозофског факултета у Новоме Саду.

11 *Споменица Др. Николе Крстића*, 11.

законодавству цара Душана, „написано у славенском духу више него остала славенска права".[12] То дело је издала Матица српска и објавила у Будиму 1856. године, а превео га је управо Никола Крстић и допунио „са своим приметбама које се на србско право односе". Зато није тешко претпоставити одакле је потекла Крстићева тврдња („теза") да је римско право „једва имало икаквог утицаја на старо српско право".

Иза тог става очигледно је стајао ауторитет Маћејовског, угледног правног историчара, који је до 1830. године био професор римског права у Варшави и из те области објавио неколико запажених радова: *Principia juris romani* (1820), *Opusculorum Sylloge prima* (1823).[13] Ипак, у њему као да је изворни романиста устукнуо пред тада владајућим идејама пансловенског јединства, с чијим је носиоцима веома блиско сарађивао (Колар, Шафарик, Кухарски и др.). Отуда је Маћејовски у Душановом законику видео оригиналан српски правни споменик, који је своје изворе црпео *искључиво* из словенског обичајног права: „Закони србски доказују, да су Срби врло тежили за одржањем чистоте народности, јер су се закони њихови по духу славенском развијали; и тежња за чистотом народности опажа се код Србаља и у оно време још, кад је славенска народност код предкарпатски Славена давно заборављена била".[14] Одбијајући могућност рецепције римског права у средњовековној Србији, он ипак није изнео за то одговарајућу научну аргументацију већ је догматски следио унапред преузет идејни концепт. Тешко би се онда могло очекивати од младог докторанда да је током „дишпутације" поводом ове тезе износио неке потпуно иновативне ставове, који би се битније разликовали од оних које је заступао његов узор, славни професор Маћејовски.[15]

Временом ће овај талас романтичарског заноса морати да се суочи са резултатима све озбиљнијих проучавања из ове области,

[12] Вацлав Мацыєіовски, *Исторія славенскы права, Превео и са своимъ примѣтбама, коє се на србско право односе, попуніо Никола Крстићъ*, I, Szerb Maticza, Budan 1856, 234–235.

[13] Вид. *http://srpskaenciklopedija.org/doku.php?id=vaclav_maćejovski*, 1. октобар 2017.

[14] В. Мацыєіовски, 81–82.

[15] На младог Крстића је својим пансловенским идејама могао имати утицаја и вођа чешког препорода историчар Франтишек Палацки (1798–1876), нарочито његово дело „Právo staroslovanské: Srovnání zákonův cara Stefana Dušana srbského s nejstaršími řády zemskými v Čechách", *Časopis Českého museum* XI(1)/1837, 68–110. Тим пре што се у српском преводу појавило још 1849. године, у 2. свесци *Гласника Друштва србске словесности*. О доприносу деветнаестовековне науке у Чешкој и Словачкој на пољу проучавања Душановог законодавства уп. исцрпну студију J. Cvetler, „Český a Slovenský podíl na poznávaní zákoníku cara Štěpána Dušana", *Europae centralis atque orientalis studia historica* 2/1975, 95–145 (са опширним енглеским резимеом).

заснованих на компаративној анализи извора, па и на неким крајње очигледним чињеницама које нису желели да уоче заточници идеје о „чистом" словенском праву. Тако ће Ромуалд Хубе (1803–1890), још један варшавски професор, ђак славног Савињија, у својој расправи *O značenju prava rimskoga i rimsko bizantijskog kod slavjanskih narodah*[16], скренути пажњу научне јавности на чињеницу да Душанов законик увек прате византијски правни зборници и да са њим чине јединствен корпус. Убрзо ће и други научници поћи тим путем (Зигељ, Богишић, Новаковић и др.) и озбиљније отворити питање односа између римско-византијског и српског права.[17]

Што се тиче Николе Крстића, он је одмах по одбрани доктората објавио у *Гласнику Друштва србске словесности* рад под називом: *Разматрања о Душановом законику*[18], а и његови касније објављени радови су такође на ту тему: *О државном строју*[19] и *Разматрања о старом српском праву на основу старих писмених споменика и Душановог законика*.[20] Додуше, о њима није имао посебно високо мишљење ни Новаковић јер је после више од пола века од њиховог штампања сматрао да су се „нека тврђења... о старом српском праву могла истаћи само по недовољном познавању наших правних извора и не би се могла данас онако поставити"[21], а ту оцену следи и савремена историјска наука.

---

[16] Romuald Hube, *O znaczeniu prawa rzymskiego i rzymsko-byzańtynskiego u narodów słowiańskih*, Warszawa 1868, 1–98, где је објавио и текст тзв. *Јустинијановог закона* према Ходошком рукопису, који се налазио у Националном музеју у Прагу. Превод Хубеовог рада објавио је хрватски политичар и публициста Јосип Мишкатовић 1869. у Бечу, а исте године је Богишић дао краћи приказ тог списа, *Rad* JAZU, VI, Zagreb 1869, 218–221.

[17] Өеодор Зигель, *Законникъ Стефана Душана*, Санктпетербургъ 1872; Valtazar Bogišić, *Pisani zakoni na slovenskom jugu*, Zagreb 1872; Стојан Новаковић, *Примери књижевности и језика српскога и српско-словенскога*, Београд 1877: „законодавну радњу Душанова времена треба сматрати као додатке и исправке или као измене и допуне византиско-римским законима који су још од Св. Саве уведени", 304–305.

[18] Никола Крстић, „Разматрања о Душановом законику", *Гласник Друштва србске словесности* VI/1854, 88–149.

[19] Никола Крстић, „О државном строју", *Гласник Друштва србске словесности* VII/1855, 22–85.

[20] Никола Крстић, „Разматрања о старом српском праву на основу старих писмених споменика и Душановог законика", *Гласник Друштва србске словесности* IX/1857, 60–126, и XI/1859. годину, 204–261.

[21] *Споменица Др. Николе Крстића*, 12.

3. О ВЛАСТИ ПОРОДИЧНОГ СТАРЕШИНЕ И ТУТОРСТВУ

Idem ius in pluribus dispositionibus de patria potestate, et tutelis cum nonnullis antiquissimus juribus Orientis summam habet similitudinem. (То право /римско/ по бројним поставкама о власти породичног старешине, као и туторству, има бројне сличности с древним правима на Истоку.)

Из области породичних односа, Крстић се определио за *patria potestas*, свакако најважнију установу патријархалног римског друштва, која је вековима обликовала и све остале правне односе. На карактер породичне заједнице утицали су првенствено својински односи, па је отуда агнатска *familia* управо настала цепањем конзорцијума, великих породичних заједница заснованих на колективној својини. Породични старешина је у својим рукама концентрисао сва права и обавезе које су раније заједнички припадале најстаријој генерацији укућана. Тиме је постао господар „живота и смрти" (*ius vitae ac necis*) над децом (*potestas*), женом (*manus*) и робовима (*dominica potestas*), уз неприкосновена овлашћења према заједничкој породичној имовини (*dominium*). Он је својевласно лице јер једини живи „по свом праву" (*sui iuris*), док остали укућани делају по праву свога старешине, по „туђем праву" (*alieni iuris*), и то без обзира ког су узраста или какав су друштвени положај стекли (чак и магистрати, сенатори, војсковође итд.). Уз то, *pater familias* је и првосвештеник породичног култа, коме укућани постхумно приносе жртве као кућном божанству, мада је већ за живота „поштован као бог" (како запажа Цицерон), а за његово убиство (*parricidium*), па чак и „за подизање руке", од давнина се предвиђала смртна казна. Породични старешина је персонализовао целу породицу, заступао њене интересе, једини имао право да располаже добрима која су сви укућани стицали, да склапа правне послове и покреће судске парнице пред претором.[22]

Крстић је уз *patria potestas* поменуо и туторство (*tutela*), које је, уз старатељство (*cura*), имало сврху да обезбеди надзор над породичном имовином у ситуацији када се као лице *sui iuris* појави малолетно лице или жена. Пошто је њима била ограничена пословна способност, одређивана су лица која су управљала њиховом имовином, и то на основу закона (*tutela legitima*) или вољом патерфамилијаса који је још за живота могао одредити тутора тестаментом (*tutela testamentaria*), а касније је могао бити одређен и одлуком магистрата (*tutela dativa*).[23]

[22] Carl Wium Westrup, *Family Property and Patria Potestas*, London 1936, 1–73; William Smith, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, London 1875, 873–875; Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, 621–622.

[23] Jane F. Gardner, *Family and Familia in Roman Law and Life*, Oxford 1998, 52 и даље.

Крстићева констатација да поменуте институције „имају бројне сличности с древним правима на Истоку“ може бити сасвим прихватљива већ на основу чињенице да је у земљама Медитерана био доминантан патријархални облик породице. Отуда се могу запазити скоро истоветни процеси, додуше не у исто време, у друштвеном развоју бројних народа настањених у Средоземљу. Тако је, на пример, и инокосна породица у Грчкој (*oikos*) формирана кроз процес разградње родовске заједнице, као последица формирања урбаних центара (градова-полиса). Као и у Риму, она је настајала гашењем великих породичних задруга и њиховим цепањем на уже заједнице живота, рада и имовине, које обухватају брачне другове и њихове потомке. Породична имовина је и овде била под доминантним надзором оца (*kyrios*), породичног старешине који је имао власт над децом, женом и робовима. Ипак, за разлику од раног Рима, он није имао апсолутну власт над укућанима нити *ius vittae ac necis* у оном обиму који је припадао патерфамилијасу: отац је у Грчкој био *kyrios* своме сину само до пунолетства, док је у Риму *filius familiae* постајао самовластан тек после смрти патерфамилијаса. Наиме, када мушко дете са 18 година стекне пунолетство, уколико је рођено у законитом браку родитеља који су Атињани, уписује се у списак деме као пуноправни грађанин и ослобађа се туторства, а када одслужи војну обавезу, са 20 година стиче сва политичка права и равноправно се укључује у правни и политички живот свога полиса.[24]

Крстић је вероватно имао у виду поменуте чињенице јер без доброг познавања бар античког грчког права тешко да је могао изнети, па и успешно одбранити наведену „тезу“.

4. О *SENATUS CONSULTUM VELLEIANUM*

Senatus Consulto Vellejano non semper liberantur feminae a susceptis in se obligationibus. (Према Велејевој сенатској одлуци, није увек случај да се жене ослобађају обавеза које су на себе преузеле.)

Реч је о *senatus consultum Velleianum/Velleanum*, сенатској одлуци донетој око 46. године, у време конзула Велеја Тутора (*Velleus Tutor*) и Марка Силана (*Marcus Silanus*).[25] Овим прописом се женама још више сужавала пословна способност, тако што им је забрањивано да преузимају обавезе из јемства, као и да узимају зајам не само за мужа (као до сада) већ и за трећа лица. Уколико жена то ипак учини,

24 Сима Аврамовић, *Општа правна историја (стари и средњи век)*, Београд 1999, 178–179.

25 D. 16, 1,2,1 (*Ulpianus libro XXIX ad edictum*). Ante Romac, *Izvori rimskog prava*, Zagreb 1973, 84–85.

оштећено лице не може против ње покренути поступак за испуњење тако настале обавезе. Претходно је царским едиктима Августа и Клаудија женама забрањивано да преузимају било које обавезе за мужеве.[26] У римском праву се ова установа називала *intercessio* у најширем смислу, а када се радило о туђем дугу, односно личном обезбеђењу којим жена преузима обавезу уз главног дужника, у питању је *intercessio pro aliis*. Оправдање за наведене забране римски правници су тражили у неискуству жена и њиховом непознавању права, уз општи став да су то искључиво мушки послови (*virile officium*).[27] Ова сенатска одлука са законском снагом, донета почетком принципата, требало је очигледно да утиче на све распрострањеније, па и ризичније, учешће жена у правном промету, које је настало упоредо са привредним и економским растом у време *pax Romana*.[28]

Јустинијан није суштински мењао забрану интерцесије жена, али је ипак, узимајући у обзир процес њихове све веће еманципације и значајнијег укључивања у пословне активности, генерално следио праксу редуковања „заштите" жена предвиђене поменутом сенатском одлуком.[29] Отуда је у Кодексу прописао да интерцесија жене (уговорно обавезивање за другог) може бити ваљана ако је учињена „на основу писмене исправе, јавно сачињене и потписане од стране тројице сведока".[30] У Новелама је Јустинијан навео и један једини изузетак од строге забране интерцесије жена у корист свога мужа: „осим у случају када се несумњиво докаже да је примљени новац утрошен (искључиво) на корист жене".[31] Неки у овом правилу виде враћање на првобитни *ratio legis* из Велејеве сенатске одлуке, да жене наводно треба заштитити од аката који су засновани на њима карактеристичном алтруизму и непословности, а који нужно доводе

[26] D. 16,1,2,1: „Et primo quidem temporibus Divi Augusti, mox deinde Claudii, edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent." A. Romac (1973), 352–353.

[27] Уз то иду и обележја која су римски правници приписивали женама: *sexus imbecilitas* (D. 16, 1,2,2), *infirmitas* (D. 16, 1,2,3), *fragilitas feminarum* (C. 4,29,22).

[28] Heinrich Vogt, *Studien zum Senatus Consultum Velleianum*, Bonn 1952, 2 и даље; Dieter Medicus, *Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum*, Böhlau 1957, 1–143; Ulrike Mönnich, *Das Senatus Consultum Velleianum*, Böhlau 1999.

[29] Reinhard Zimmerman, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Johannesburg 1990, 151–152; Antonio Díaz Bautista, „L'intercession des femmes dans la législation de Justinien", *RIDA* 30/1983, 81 и даље.

[30] C.J. 4,29,32, 2–3 (*Imp. Iustinianus A. Iuliano pp., anno 530*): „Ne autem mulieres perperam sese pro aliis interponant, sancimus non aliter eas in tali contractu posse se pro aliis obligare, nisi instrumento publico confecto et a tribus testibus subsignato accipiant a muliere pro aliis confessionem." Касније је то правило названо *Authentica si qua mulier*. О томе R. Zimmerman, 151–152.

[31] Nov. 134, 8: „.. nisi manifeste probetur quia pecuniae in propria ipsius mulieris utilitate expensae sunt". A. Romac (1973), 354–355.

до штетних последица. Иза патерналистичког односа мушкараца о томе шта је у најбољем интересу жене, несумњиво је постојао конзервативан став о потреби очувања традиционалних вредности садржаних у добрим старим обичајима (*mores maiorum*), а сенат је управо био бастион таквих ставова. Конзервативизам Римљана је свакако утицао на то да се ова сенатска одлука одржи тако дуго, чак и у сасвим измењеним друштвеним околностима. Путем рецепције она је имала своју историју и током средњег века.[32]

Занимљиво је да се Крстић једино овде није користио упоредним методом, као у свим осталим „тезама“ из поглавља о римском праву. Међутим, није искључено да је установу *intercessio pro aliis*, којом се забрањује јемство жене, на докторској одбрани доводио у везу са „тезом“ изнетом у наредном поглављу: *E(x) Jure Civili Austriaco* (Из грађанског права Аустрије): „*Legibus austriacis feminarum fidejussio pro aliis neque prohibita, neque specialibus aliquibus normis restricta habetur.*“ (По аустријским законима женама није забрањено да буду јемци нити им је то право било каквим другим нормама ограничено.) Већ и сама терминологија којом се овде означава јемство (*fidejussio pro aliis*) упућује на древну установу римског права, коју Гај изричито помиње: „*Sponsoris vero et fidepromissoris similis condictio est, fideiussoris valde dissimilis.*“ (Положај спонзора и фидепромисора је сличан, а фидејусора веома различит.)[33] Славни римски јуриспрудент овде наводи и старије облике личног обезбеђења, констатујући чињеницу да се *fideiussio*, као најмлађа установа, од њих знатно разликује. Наиме, ишла је уз све облигације и била је доступна свим слободним грађанима, па и женама, те је могућност њене много шире примене могла задовољити потребе далеко развијенијег правног промета. Уз то, овај вид јемства је постао акцесорна обавеза, мада не још и супсидијарна.[34]

Тешко је проникнути у разлоге због којих је Крстић одабрао да анализира баш ову институцију у својим пештанским „тезама“ јер *intercessio* у његово време није могла имати неки практични значај. Могла му је ипак послужити као поучан пример еволутивног развоја правног положаја жена у римском друштву, показујући и кроз ову институцију како су римски јуриспруденти зналачки прилагођавали постојеће право реалним животним потребама.

---

[32] R. Zimmerman, 152, нап. 239.

[33] *Inst*. III, 118.

[34] *Inst*. III, 126. Термин „акцесорна облигација“ створили су тек глосатори. R. Zimmerman, 121–122.

5. О ИМОВИНСКИМ ОДНОСИМА БРАЧНИХ ДРУГОВА

Dos discernenda est a bonis paraphernis. (Мираз ваља разликовати од параферних добара.)

Овом „тезом“ Костић задире у питање имовинских односа брачних другова, у време када *matrimonium* представља инокосну „заједницу мужа и жене сједињених за читав живот, установа божанског и људског права“ (Модестин, D. 23,2,1). Будући да је у патријархалном друштву обавеза издржавања породице била на мужу, сматрало се да приликом склапања брака и жена мора унети одређену имовину, како би се обезбедила материјална сигурност самих супружника и њихових потомака. Та имовина назива се мираз (*dos*) и обезбеђује га сама жена ако је својевласна (*sui iuris*), односно њен патерфамилијас (*dos profecticia*) или неко треће лице (*dos adventicia*).[35]

Специфичност римског права је да оно не познаје установу заједничке имовине брачних другова (која је данас уобичајена), па се у браку са манусом (*matrimonium cum manu*) женина имовина потпуно утапала у мужевљеву, а када је био без мануса (*sine manu*), сваки од брачних другова је задржавао оно што је имао раније и све што би током брака стекли постајало је део њихове појединачне имовине. Отуда Крстић исправно тврди да од институције мираза треба разликовати тзв. параферна добра (*bona parapherna*, „добра ван мираза“; од: грч. *para* – изван + *ferne* – мираз). На ту имовину се примењивао посебан правни режим, другачији од оног који је важио за мираз.

Над добрима обухваћеним миразом мужу се признавало право управљања и располагања и над њима је он имао одређена овлашћења утврђена законом, док параферна добра представљају имовину жене *sui iuris*, којима она самостално управља и располаже независно од правног утицаја и деловања њеног мужа. Додуше, извори потврђују да је често и она сама препуштала управљање над тим добрима своме мужу. То је могла постићи путем налога (*mandatum*) којим би овластила мужа да управља параферним добрима у своје име а за њен рачун, вероватно сматрајући да он поседује веће искуство и умешност. Ипак, уколико је била незадовољна, могла је у свако доба раскинути тај уговор и преузети директну управу над својом имовином.[36]

Међутим, и у браку без мануса жена је доносила мираз, материјална добра која се дају мужу ради лакшег сношења трошкова вођења домаћинства, али за њих нису важила иста правила која су постојала и код мираза датог у браку са манусом. О овом миразу

[35] Исцрпна студија о том питању Ivan Strohal, *Miraz za vrijeme braka po rimskom pravu*, Zagreb 1898, 1–110.

[36] Михаило Митић, *Римско статусно и породично право (са елементима процедуре)*, Београд 1983, 265–270.

се не зна много, али је неспорно да га муж није могао користити у друге сврхе осим за издржавање породице. Иначе, ако би дошло до спора поводом питања порекла појединих добара која се налазе у жениној поседу, уведена је правна претпоставка (*praesumptio Muciana*, названа по правнику Квинту Муцију Сцеволи) по којој је та имовина мужевљева, уколико се другачије не докаже.[37]

Пошто је Крстић прибегавао компаративном методу у анализи појединих институција, упоређујући их понекад са српским правом, могуће је да је то и овде чинио, што ће касније бити значајна тема наше правноисторијске науке.[38]

6. О РАЗЛИЧИТИМ ВРСТАМА ТУЖБИ

Actiones e(x) pactis adjectitiis promanantes non sunt confundendae cum actionibus adjectitiae qualitatis. (Тужбе које проистичу из додатних пакта не треба мешати с тужбама са „додатним својством“.)

Овде је Крстић упоредио две врсте тужби које суштински немају ништа заједничко, осим што се код њих у називу помиње термин *adiecticius* – „придодат“ (од: *adicere* – додати). Тешко је докучити зашто се кандидат одлучио да у свом раду сучели управо ова процесна средства, чија је функција дијаметрално различита, па и њихова даља судбина у процесу рецепције римског права. Тада су и настали њихови називи, пошто се у античким изворима они нигде не помињу. Једино што је заједничко овим процесуалним средствима јесте потреба да се прошири круг утуживих споразума, односно да се одговарајућим тужбама (*actiones*) санкционишу ситуације које су претходно биле без заштите.

Треба имати у виду да за Римљане неформални споразум странака није обавезивао сам по себи већ је представљао обични „пакт“ (*pactum*, од: *pacisci* – нагодити се, споразумети се).[39] Правне последице су могле настати тек уколико се поштује строги формализам, односно када се предузму одговарајуће радње и поступци (*certis verbis et gestis*) предвиђени цивилним правом. Отуда је и настала регула *nudum pactum non parit obligationem* („голи споразум не обавезује“).

[37] Max Kaser, „*Praesumptio Muciana*“, *Studi di P. De Francisci*, I, Milano 1956, 215–232; Francesca Lamberti, „Suggestioni in tema di *praesumptio Muciana*“, *Rivista di Diritto Romano* V/2005, 1–25, *http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano05lamberti.pdf*, 28. јун 2018.

[38] Војислав Станимировић, „Схватања о миразу у антици и њихов утицај на поимање мираза код Срба“, *Антички свет, европска и српска наука* (ур. Ксенија Марицки Гађански), Београд 2009, 336–349.

[39] A. Berger, 614–615.

Временом је крутост тог правила ослабила, али ће за Римљане утуживост неформалних споразума до краја остати само изузетак од поменутог правила. Пакта којима је обезбеђивана правна заштита имала су исто дејство као и контракти, али су их римски правници ипак сматрали посебним извором облигација (*pacta vestita* – „обучена“). У њих спадају и *pacta adiecta*, додатни споразуми којима је само под одређеним условима признавана заштита по цивилном праву, док је другим пактима утуживост обезбеђивао претор (*pacta praetoria*) или им је заштиту давало царско законодавство (*pacta legitima*). Назив „додатна“ пакта указује на чињеницу да ови неформални споразуми не могу самостално постојати већ да увек прате, иду уз већ закључени контракт, како би у извесној мери променили његову садржину.[40]

Каснија правна доктрина је на основу бројних казуистичких решења римских јуриспрудената извукла одређене принципе по којима се „додатним“ споразумима могла пружити заштита. Њихова дејства су зависила од тога да ли је главни уговор *stricti iuris* или *bonae fidei*, да ли отежава положај дужника (*ad augendam obligationem*) или га олакшава (*ad minuendam obligationem*) и да ли је пакт закључен истовремено са главним уговором (*in continenti*) или после извесног времена (*ex intervallo*). *Pacta adiecta* су била у принципу могућа само уз уговоре *bonae fidei* јер је код њих принцип консензуализма већ узео превагу, а уколико ублажавају дужникову обавезу, били су заштићени и када су *stricti iuris*, и то независно од тога када су закључени. Додатни споразуми који увећавају обавезу дужника, дакле, склопљени у интересу повериоца, дуго су били неутуживи. Заштиту су добили тек крајем класичног периода, и то само уколико су закључени уз контракте *bonae fidei*, истовремено са главним контрактом (*in continenti*), па се отуда и сматрало да представљају његов саставни део.[41]

Управо због тога што је *ius civile* чврсто истрајавало на идеји да неформални споразуми не рађају утуживу обавезу, правна мисао код Римљана до краја није успела да досегне општи појам „уговора“ заснованог на начелу консензуализма, односно давању преваге акту воље над формом. Међутим, давањем заштите тзв. безименим контрактима (*anonimon synalagma*, *contractus innominati*), чији број практично није био ничим ограничен, римско право ће се највише приближити идеји о неспутаној слободи уговарања. Помоћу њих је у великој мери попуњена празнина коју су оставили постојећи контракти, казуистички изграђени и са типизираном садржином. Тек ће савремено право допустити странкама да слободно, у складу са

[40] Жика Бујуклић, *Римско приватно право*, Београд 2017, 400–404.

[41] Antonio Guarino, *Dizionario giuridico romano*, Napoli 2003, 376.

моралним и правним начелима, уређују садржину и услове међусобног обавезивања.[42]

Pacta adiecta су израсла из потребе развијеног правног промета, поготово код купопродаје, где је било могуће уговарати бројне узгредне, пратеће споразуме уз главни уговор, па су они остали актуелни и у модерном праву, али сада у виду посебних уговорних клаузула. Додатни споразуми су могли бити у корист купца: *pactum displicentiae* – о куповини на пробу; *pactum de retrovendendo* – о праву да по испуњењу одређеног рока или услова исту ствар прода натраг продавцу; али и у корист продавца: *in diem addictio* – задржава право да раскине уговор ако у одређеном року нађе повољнију понуду; *pactum protimiseos* – установљава право прече куповине, којим се намеће трајна обавеза купцу да, уколико продаје ту ствар, прво је мора понудити продавцу; *lex commissoria* – споразум којим продавац задржава право да одустане од продаје ако купац у року не исплати цену; *pactum reservati dominii* – споразум на основу кога продавац задржава право власништва продате ствари и након предаје ствари купцу, обично до потпуне исплате цене. За утужење оваквих додатних споразума коришћене су тужбе из главног уговора (*actio empti* и *actio venditi*) и, пошто је *emptio venditio* спадао у контракте *bonae fidei*, судија је морао узети у обзир све околности које су утицале на коначну садржину уговора, па и *pacta adiecta*.[43]

За разлику од ових узгредних, „додатних" споразума, који су у нешто измењеној форми задржали своју актуелност све до најновијих времена, *actiones adiectitiae qualitatis* („тужбе са додатним својством") нису имале ту судбину јер су по својој природи реликт времена у коме су настале. Назив овој посебној групи тужби дали су средњовековни правници (глосатори) јер су њима санкционисане обавезе које су „придодате" основној одговорности патерфамилијаса. Настале су у другој половини републике и њима је претор омогућио утуживост обавеза које су преузела лица потчињена власти патерфамилијаса (синови и робови). До тада је њихово испуњење зависило искључиво од воље породичног старешине Претварале су се *obligationes naturales* (наплативе, али не и утуживе обавезе) па је постојао ризик да особе које су склапале послове са лицима *alieni iuris* и робовима не могу остварити своје право судским путем. Оне су настајале постепено, за различите правне ситуације, и на крају их је било укупно шест: *actio quod iussu* (кад је потчињено лице добило изричито овлашћење од господара за тачно одређени посао); *actio institoria* (када је патерфамилијас поставио потчињено лице за пословођу трговине); *actio exercitoria* (када га је поставио

[42] Eduardo Voltera, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1987, 572–588; Ante Romac, *Rimsko pravo*, Zagreb 1981, 328–329

[43] A. Romac (1981), 312.

за капетана брода); *actio de peculio* (када је добило на располагање *peculium*, део имовине породичног старешине); *actio tributoria* (када је дошло до банкрота над имовином која је уступљена потчињеном лицу за вођење трговачких послова); *actio de in rem verso* (када је патерфамилијас имао користи од посла потчињених лица, а није се могла подићи ниједна од поменутих тужби). Ова последња тужба је временом потиснула све остале јер је предвиђала обавезу породичног старешине да одговара до висине обогаћења (*versare* – обрнути, стећи), па се временом чак проширила на све ситуације у којима је делатношћу трећег лица власник од тога имао неку корист а да је до тога дошло без налога или другог начина његовог учешћа. Тиме *actio de in rem verso* постаје још једно процесуално средство (уз *condictio* и *restitutio in integrum*) којим се отклањају последице неоправданог увећања нечије имовине на штету другог лица. Идеја ове тужбе преживела је у модерном праву кроз тзв. верзиони захтев.[44]

Правна техника којом је оштећеном лицу омогућено да директно тужи патерфамилијаса и да на њега пребаци уговорне обавезе била је посебна врста преторских тужби *actiones per transpositionem* („тужбе са промењеним субјектом“). У тужбеном захтеву (*intentio*) наводило се име потчињеног лица, а у предлогу пресуде (*condemnatio*) претор је стављао име породичног старешине, дакле, трећег лица које тај посао није ни склопио.

Преторске *actiones adiectitiae qualitatis* донеле су корист не само онима који су склапали правне послове са укућанима већ и самом породичном старешини, који је сада могао легално препустити потчињеним лицима да самостално воде бројне послове у кући и ван ње. Тиме су те тужбе постале нека врста замене за непосредно заступање („у туђе име и за туђ рачун“), које римско право није омогућавало, осим код зајма. То је поготово било значајно када је, крајем републике, Рим доживео велики економски успон и када су се моћни појединци бавили замашним привредним активностима, организованом занатском производњом, трговином на велико, поморским саобраћајем и сл. У обављању тих послова они су сада могли најбоље искористити умешност и способност својих укућана, који формално нису имали сопствену имовину. Одувек је све што приведе укућани припадало патерфамилијасу, али је овим тужбама на њега пребачен и терет преузимања губитака проистеклих из правних послова које су укућани закључили са трећим лицима.[45]

---

[44] Јелена Даниловић, „*Actio de in rem verso* од римског права до аустријског ОГЗ-а“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/1968, 243–264; R. Zimmerman, 990, 878–879; Tiziana J. Chiusi, *Die actio de in rem verso im römischen Recht*, München 2001.

[45] Бујуклић (2017), 142–144.

Када се Крстић одлучио да упореди ова два процесуална средства, чија је функција сасвим различита, морао је добро познавати историју њиховог настанка, а поготово генезу римских *actiones*, чија је примена проширивана првенствено активношћу претора. Тиме је крутост и неприкосновеност старог цивилног права (*actiones stricti iuris*) постепено морала да устукне пред еластичним и креативним правним решењима градског и перегринског претора (*actiones honorariae*). Пошто је за Римљане објективно право представљало скуп постојећих *actiones*, појединац је стицао могућност да покрене спор и оствари своје повређено субјективно право, само ако за ту ситуацију претор одобрава одлазак пред одабраног судију (*dare actionem*).

На примеру ових тужби, Крстић је најбоље могао да покаже како се прагматични римски дух вешто прилагођавао животним потребама, али уз очување „светости" и „недодирљивости" традиционалних правних установа. Оне су се заснивале на древним обичајима и религији, категоријама које су по природи ствари статичне и не подлежу лако променама. Када су друштвене околности постале сасвим измењене и захтевале другачију правну регулативу, уместо да за новонастале правне односе створе сасвим нове форме и обликују самосталне правне институције, Римљани су се упорно држали старих. Заобилазним путевима (преторовим натегнутим тумачењима, фикцијама) они ће спорне односе вешто подводити под постојеће норме, односно „увити" у древне форме које су настале за сасвим друге правне послове (фидуцијом се установљава залога, троструком фиктивном продајом се остварује еманципација, закључивањем две самосталне стипулације обезбеђује се утуживост купопродаје). Млади пештански докторанд није могао наћи еклатантнији пример којим се потврђује како се „конзервативност" старог цивилног права мора ипак схватити као устаљеност и непроменљивост спољне форме правних регула, а не као статичност саме њихове садржине.

7. О ДРЖАВИНИ НАСЛЕДНИХ ДОБАРА (*BONORUM POSSESSIO*)

Bonorum possessio contra et secundum tabulas, nec non ab intestato per Justinianum non est abrogata. (Државину добара насупрот и у складу с тестаментом, као и интестатску државину добара, није укинуо Јустинијан.)

У овој тези Крстић анализира *bonorum possessio* („државину добара") која омогућује специфичан облик универзалне сукцесије, сличан установи наслеђа (*hereditas*), али који није регулисан цивилним

већ преторским правом. Путем едиката претор је омогућавао да до нечије заоставштине дођу и појединци којима *ius civile* то иначе не би омогућио. Та лица нису постајала прави наследници већ само државоци добара (*bonorum possessores*). Међутим, давањем интердикта, приговора и фиктивних тужби претор је заинтересованим лицима омогућавао да постану заштићени државоци добара потеклих из нечије заоставштине, доводећи их у сличан правни положај као да су цивилни наследници. Тек путем одржаја од годину дана, на основу *usucapio pro herede*, ова лица су стицала својство наследника (*heres*).

Претор је ову установу створио јер су прописи Закона XII таблица били неприкосновени и дуго се нису смели отворено мењати, па је он изналазио заобилазна решења која су временом довела до настанка два паралелна система наслеђивања: један је регулисало *ius civile*, а други *ius honorarium*. Први се заснивао на агнатском сродству и остацима колективне својине, а други на јачању крвносродничког принципа и приватне својине. Преторско наследно право проширило је круг лица која су могла постати наследници, променило је законски ред наслеђивања и знатно ублажио претерану строгост и формализам тестаментарног располагања. Установа *bonorum possessio* је у свакој од тих области нашла своје место и управо омогућила наведене промене.

Постојало је безброј ситуација у којима је неко лице могло тражити да му претор омогући државину наследних добара, па су постојали и други облици *bonorum possessio*: *cum re* и *sine re*, *necessaria* и *utilis*, *edictalis* и *decretalis* итд. Круг заштићених лица се временом проширивао јер је делатност претора еволуирала од тумача постојећег цивилног права до креатора сасвим нових норми. Зато је „државина добара“ попримила веома различите облике, али је Крстић поменуо три најважнија случаја: *secundum tabulas* („државина добара на основу таблица“), када претор допушта *bonorum possessio* лицима која су именована за наследнике тестаментом који (физички) постоји, али је неважећи по цивилном праву пошто не испуњава све захтеве форме; *contra tabulas* („државина добара насупрот тестамента“) настаје када претор додељује заоставштину најближим рођацима оставиоца које је овај мимоишао у тестаменту. Тиме се ствара нека врста преторског нужног наследног права, које фаворизује крвну везу уместо агнатске, заступљене у цивилном праву; *bonorum possessio ab intestato* је „државина добара“ коју претор дозвољава у ситуацији када оставилац умре без тестамента (па се зове и *bonorum possessio sine tabulis*). Тада се поштује редослед предвиђен у његовом едикту (*liberi*, *legitimi*, *cognati*, *vir et uxor*), којим се даје предност крвним сродницима у односу на агнатске.

У својој докторској „тези“ Крстић износи тврдњу да поменути случајеви *bonorum possessio* нису укинути у доба Јустинијана. Чињеница је да се тај правни дуализам у наследном праву задржао веома дуго, следећи сличну праксу као и у другим гранама права, у којима су Римљани такође створили двоструки колосек за постизање истог правног циља: попут квиритске својине (*dominium*) и преторске (*in bonis*), између цивилних тужби (*actiones civilis*) и преторских (*actiones honorariae*), између контраката (*contractus*) и преторских паката (*pacta praetoria*), између деликата које санкционише *ius civile* и деликата преторског права итд. Тај паралелизам је временом губио значај и углавном се укидао царским конституцијама – па и у области наслеђивања. Потискивањем преторског права, односно ишчезавањем потребе за њиховим процесуалним средствима (попут *actiones ficticiae*), долази до уједначавања поседовања *in bonis* са правом својине (*proprietas*), па се губи разлика и између *bonorum possessio* и *hereditas*. Отуда цивилно наслеђивање нема више неко суштинско обележје већ само формално: наследник се постаје на основу правних регула које му то омогућују, уз акт вољног прихватања оставштине (*aditio hereditatis*), док се *bonorum possessessor* постаје правним деловањем магистрата.[46]

Ове две установе приближио је још више Диоклецијан, тако што је преторском „држаоцу добара“ уместо интердиктне заштите дао право на *hereditatis petitio*, процесно средство које је до тада било привилегија цивилних наследника. Константин и његови наследници су разлику још више смањили, да би се у Јустинијановом праву *bonorum possessessor* већ почео називати *dominus*.[47] Јустинијан је, пре него што је својим новелама (118 и 127, из 543. и 548. године) извео велику реформу законског реда наслеђивања, како би га коначно унифицирао, учинио неке реформе и у погледу *bonorum possessio*. Укинуо је поједине специфичне облике (нпр. све који се односе на заоставштину ослобођеника), а међу онима које је задржао заиста се налазе *bonorum possessio secundum* и *contra tabulas*, као и *bonorum possessio ab intestato* (*ex legibus*).[48] Може се закључити да је наведена Костићева теза имала утемељење у античким изворима.

---

[46] E. Voltera, 736.

[47] *Ibid*., 737.

[48] Исцрпно о томе Живко Милосављевић, *Римско приватно право*, III, *Наследно право*, Београд 1900, 249–258; Карл Лудвиг Арнтс од Арнесберга (K. L. Arndts von Arnesberg), *Пандекте или данашње римско право*, V, *Наследно право* (превео Драгиша Мијушковић), Београд 1896, 1155–1158; Vinzenco Arangio-Ruiz, „La Successione contro il testamento“, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli 1986, 544–550.

8. О ТУЖБАМА И КОНДИКЦИЈАМА

Actiones legis, a condictionibus ex lege probe discernendae. (Легис акције треба разликовати од кондикција које из закона проистичу.)[49]

Остајући доследан методу упоређивања наизглед сличних правних установа, Крстић је и у овој тези сучелио два процесна средства која су блиска по свом пореклу, али чије је поље примене било сасвим различито.

Најстарији римски поступак почивао је на легисакцијама, процесним радњама које су странке предузимале по закону, пред надлежним магистратом (конзулом, а касније претором), како би остварили неко своје право. Гај сматра да назив *legis actiones* (*lex* – закон; *actio* – од *ago*, *agere* – радити, чинити) потиче отуда што су процесне активности (ритуални поступци и свечане речи) којима се покретао поступак „биле установљене законом, или стога што су прилагођене речима закона, па су се примењивале неизмењене као и сами закони“.[50] Децемвирске таблице су том поступку посветиле велики простор, чак прве три таблице, чиме се ова процедура ослободила монопола свештеничких колегија (*pontifices*) и постала доступна свим слободним Римљанима, па и плебејцима. Легисакциони поступак ће бити у примени следећих пет векова, све до почетка принципата, када га је Август укинуо посебним законима (*lex Iulia de iudicis privatis*). За све то време овај облик суђења карактерисали су самопомоћ, усменост поступка, присуство јавности, строги формализам, непостојање заступања, лаичко суђење, арбитража, дводеоба, непостојање вишестепености и персонална егзекуција.[51]

Закон XII таблица је познавао свега две легисакције за покретање поступка: једна је била *l.a. sacramento*, која је имала општи карактер (па је Гај називао *actio generalis*) и примењивана је у свим спорним ситуацијама све док није касније настала *l.a. per iudicis postulationem*, намењена за тачно одређене случајеве дељења породичне имовине и спорове из стипулације. Ова друга легисакција је била једноставнија и бржа јер је магистрат после врло кратке процедуре, ослобођене крутог формализма полагања опкладне суме (*sacramentum*), приступао именовању судије (*iudicis postulatio*).[52]

---

[49] Вера Чучковић, „Неки проблеми римских кондикција“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву* 1961, 293–307; Јелена Даниловић, „*Legis actio per condictionem* и њено порекло“, *Зборник радова посвећен Алберту Вајсу* (ур. Драгомир Стојечевић), Београд 1966, 75–89.

[50] *Institutiones*, IV, 11.

[51] Жика Бујуклић, *Forum Romanum, римско право, држава, митови и легенде*, Београд 2016, 565–566.

[52] Borislav Blagojević, *Građanski postupak u rimskom pravu*, Beograd 1959, 10–25.

Са овим процесним средствима, архаичним и одавно превазиђеним, Крстић упоређује кондикцију, једну од најкарактеристичнијих установа римског цивилног права, која је као оригинална римска творевина, преко средњовековне рецепције, доспела до савременог права. Проистекла је из легисакције *per condictionem*, која је уведена тек после пунских ратова за облигационоправне спорове који су гласили на одређену суму новца (*certa pecunia*) или на одређену ствар (*certa res*), а које је тужени држао без правног основа (*sine causa*). Због тога је и било могуће да тужилац у процесној формули испусти један од најважнијих делова – *demonstratio*, а да му магистрат ипак одобри даље вођење спора (*dare actionem*). На основу Гајевог сведочења сазнајемо да је први облик уведен са *lex Silia* (око 250. пре н. е.), а други са *lex Calpurnia* (око 200. пре н. е.).[53]

Разумљиво је што је Крстић био заинтересован да у својим докторским тезама обради и ову институцију јер је Аустријски грађански законик из 1811. године у неколико одредаба регулисао различите врсте кондикција (чл. 877, 1174, 1431, 1435).[54] У томе је могао наћи потврду и за тврдње које је изнео у следећем поглављу, посвећеном управо овом законику (*Ex Jure Civili Austriaco*), за који сматра да је „неспоран доказ великог напретка правне науке" (*Codex Civilis Austriacus innegabile argumentum est amplioris jurisprudentiae progressus*). Потом износи тезу: „Аустријски законик се ослања на римско право и на њему се у великој мери темељи, али се истовремено у бројним одредбама од њега разликује" (*Codex Civilis Austriacus nititur Jure Romano qua suo fundamento, multis tamen in objectis ab eo differit*), а већ у следећој тези тврди: „Управо на овај кодекс ослања се и Грађански законик Кнежевине Србије, који има и само себи својствене одредбе, којима се од Грађанског кодекса Аустрије разликује" (*Huic Codici superstructus est Codex Civilis Principatus Serbiae, que tamen suas originales habet dispositiones, quibus a Codice Civili Austriaco distinguitur*).

За сваку је похвалу да се овај млади докторанд већ тада подухватио ове изузетно озбиљне проблематике, која је предмет проучавања бројних цивилиста и романиста све до најновијих времена, укључујући и питање у којој мери је и да ли је Српски грађански законик пример правног транспланта.[55]

53 *Institutiones*, IV, 17a-20.

54 *Austrijski građanski zakonik* (prevod i predgovor D. Aranđelović), Beograd 1906.

55 Јелена Даниловић, „Српски грађански закон и римско право", *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика* (ур. Миодраг Јовичић), САНУ, Београд 1996, 49–66; Сима Аврамовић, „Српски грађански законик (1844) и правни транспланти – копија аустријског узора или више од тога?", *Српски грађански законик – 170 година* (ур. Милена Полојац, Зоран С. Мирковић, Марко Ђурђевић),

9. ЗАКЉУЧАК

Већ на основу анализе ових десетак научних поставки из докторског рада Николе Крстића *Theses ex scientis juridicis et politicis*, што је само мањи исечак од укупно седамдесетак теза, може се закључити да је овај кандидат располагао завидним правничким образовањем и смелошћу да се упусти у тада недовољно истражене области правне науке. Претходно стечено знање из филозофије му је у томе свакако помогло и проширило његове интелектуалне видике. Широк распон тема наметнут је већ самим карактером те врсте радова јер обухватају унапред задате правне области: природно право, римско, канонско, аустријско, угарско, процесно, менично, кривично итд. Костић је показао добро познавање темељних установа римског права и жељу да у своје „тезе" унесе проблематику која је иновативна, недовољно испитана и очигледно је тежио да пружи свој оригинални допринос. Остајемо без одговора колико је он у томе успео и да ли је током „дишпутације" задивио пештанске професоре својом одбраном. Међутим, неке чињенице се не смеју испустити из вида: Никола Крстић је већ са 25 година предавао два предмета на Лицеју у Београду и већ следеће године га је пештански Правни факултет „нарочитом дипломом" примио за свог почасног члана, а одмах по одбрани доктората, *Друштво србске словесности* му је објавило рад о законодавству цара Душана. Све то није могао постићи а да се већ тада није наметнуо као даровит и амбициозан млади научник. Упоређивао је римске установе међусобно, компарирао их са правом других античких народа, трагајући за њиховим утицајима у средњовековној Србији и у модерним грађанским законицима (СГЗ и АГЗ). Његова истраживања су први зачеци правноисторијске науке у нас и Крстић се оправдано сматра оснивачем те правне дисциплине на Београдском универзитету.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Arangio-Ruiz, V., „La Successione contro il testament", *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli 1986.

Арнтс од Арнесберга, Л., *Пандекте или данашње римско право*, V, *Наследно право*, (превод Д. Мијушковић), Београд 1896.

Београд 2014, 39. Аутор се иначе залаже за одбацивање априорних оцена о Хаџићу као „преписивачу аустријске кодификације" (стр. 44). Допунску аргументацију за ту тврдњу у истом Зборнику износе још Владимир Вулетић, „Зашто Српски грађански законик није правни трансплант – уговор о продаји и куповини" (231–246) и Милена Полојац, „Ортаклук као заједница имовине у СГЗ – историјски осврт на § 727" (247–270).

(Arnts von Arnesberg, L., *Pandekte ili današnje rimsko pravo*, V, Nasledno pravo, (prevod D. Mijušković), Beograd 1896)

Аврамовић, С., *Општа правна историја (стари и средњи век)*, Београд 1999. (Avramović, S., *Opšta pravna istorija (stari i srednji vek)*, Beograd 1999)

Avramović, S., „Nastanak i razvitak pravnoistorijskih predmeta na Pravnom fakultetu u Beogradu", *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu* 5–6/2013.

Аврамовић, С., „Српски грађански законик (1844) и правни трансплanти – копија аустријског узора или више од тога?", *Српски грађански законик – 170 година* (ур. М. Полојац, З. С. Мирковић, М. Ђурђевић), Београд 2014. (Avramović, S., „Srpski građanski zakonik (1844) i pravni transplanti – kopija austrijskog uzora ili više od toga?", *Srpski građanski zakonik – 170 godina* (ur. M. Polojac, Z. S. Mirković, M. Đurđević), Beograd 2014)

Berger, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953.

Благојевић, Б., *Грађански поступак у римском праву*, Београд 1959. (Blagojević, B., *Građanski postupak u rimskom pravu*, Beograd 1959)

Bogišić, V., Hube, R., *O znaczeniu prawa rzymskíego i rzymsko-byzańtynskiego u narodów słowiańskih*, Warszawa 1868. – prikaz, *Rad* JAZU, VI, Zagreb 1869.

Bogišić, V., *Pisani zakoni na slovenskom jugu*, Zagreb 1872.

Бујуклић, Ж., *Forum Romanит, римско право, држава, митови и легенде*, Београд 2016. (Bujuklić, Ž., *Forum Romanum, rimsko pravo, država, mitovi i legende*, Beograd 2016)

Бујуклић, Ж., *Римско приватно право*, Београд 2017. (Bujuklić, Ž., *Rimsko privatno pravo*, Beograd 2017)

Бујуклић, Ж., *Правнички домети песника Лазе Костића*, Београд 2018. (Bujuklić, Ž., *Pravnički dometi pesnika Laze Kostića*, Beograd 2018)

Chiusi, T., *Die actio de in rem verso im römischen Recht*, München 2001.

Cvetler, J., „Český a Slovenský podíl na poznávaní zákoníku cara Štěpána Dušana", *Europae centralis atque orientalis studia historica* 2/1975.

Чучковић, В., „Неки проблеми римских кондикција", *Годишњак Правног факултета у* Сарајеву 1961. (Čučković, V., „Neki problemi rimskih kondikcija", *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* 1961)

Даниловић, Ј., „*Legis actio per condictionem* и њено порекло", *Зборник радова посвећен Алберту Вајсу* (ур. Д. Стојчевић),

Београд 1966. (Danilović, J., „*Legis actio per condictionem* i njeno poreklo“, *Zbornik radova posvećen Albertu Vajsu* (ur. D. Stojčević), Beograd 1966)

Даниловић, Ј., „*Actio de in rem verso* од римског права до аустријског ОГЗ-а“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/1968. (Danilović, J., „*Actio de in rem verso* od rimskog prava do austrijskog OGZ-a“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/1968)

Даниловић, Ј., „Српски грађански закон и римско право“, *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика* (ур. М. Јовичић), САНУ, Београд 1996. (Danilović, J., „Srpski građanski zakon i rimsko pravo“, *Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika* (ur. M. Jovičić), SANU, Beograd 1996)

Díaz Bautista, A., „L'intercession des femmes dans la législation de Justinien“, *RIDA* 30/1983.

Gardner, J., *Family and Familia in Roman Law and Life*, Oxford 1998.

Guarino, A., *Dizionario giuridico romano*, Napoli 2003.

Hube, R., *O znaczeniu prawa rzymskíego i rzymsko-byzańtynskiego u narodów słowiańskih*, Warszawa 1868.

Lamberti, F., „Suggestioni in tema di praesumptio Muciana“, *Rivista di Diritto Romano* V/2005, *http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano05lamberti. pdf*, 28. јун 2018.

Kaser, M., „*Praesumptio Muciana*“, *Studi di P. De Francisci*, I, Milano 1956.

Krstić, N., *Theses ex scientiis juridicis et politicis*, Pestini 1854.

Крстић, Н., „Разматрања о Душановом законику“, *Гласник Друштва србске словесности* VI/1854. (Krstić, N., „Razmatranja o Dušanovom zakoniku“, *Glasnik Društva srbske slovesnosti* VI/1854)

Крстић, Н., „О државном строју“, *Гласник Друштва србске словесности* VII/1855. (Krstić, N., „O državnom stroju“, *Glasnik Društva srbske slovesnosti* VII/1855)

Крстић, Н., „Разматрања о старом српском праву на основу старих писмених споменика и Душановог законика“, *Гласник Друштва србске словесности* IX/1857 и XI/1859. (Krstić, N., „Razmatranja o starom srpskom pravu na osnovu starih pismenih spomenika i Dušanovog zakonika“, *Glasnik Društva srbske slovesnosti* IX/1857 i XI/1859)

Крстић, Н., *Дневник приватног и јавног живота*, I–VIII, Београд 2005–2007. (Krstić, N., *Dnevnik privatnog i javnog života*, I–VIII, Beograd 2005–2007)

Мацыєіовски, В., *Исторія славенскы права, Превео и са своимъ примѣтбама, коє се на србско право односе, попуніо Никола Крстићъ*, I, Szerb Maticza, Budan 1856.

Medicus, D., *Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum*, Böhlau 1957.

Милосављевић, Ж., *Римско приватно право*, III, *Наследно право*, Београд 1900. (Milosavljević, Ž., *Rimsko privatno pravo*, III, *Nasledno pravo*, Beograd 1900)

Митић, М., *Римско статусно и породично право (са елементима процедуре)*, Београд 1983. (Mitić, M., *Rimsko statusno i porodično pravo (sa elementima procedure)*, Beograd 1983)

Mönnich, U., *Das Senatus Consultum Velleianum*, Böhlau 1999.

Николић, Д., „Никола Крстић – први професор правне историје на београдском Лицеју“, *Архив за правне и друштвене науке* 43(1)/1987. (Nikolić, D., „Nikola Krstić – prvi profesor pravne istorije na beogradskom Liceju“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 43(1)/1987)

Новаковић, С., *Примери књижевности и језика српскога и српско-словенскога*, Београд 1877. (Novaković, S., *Primeri književnosti i jezika srpskoga i srpsko-slovenskoga*, Beograd 1877)

Palacký, F., „Právo staroslovanské: Srovnání zákonův cara Stefana Dušana srbského s nejstaršími řády zemskými v Čechách“, *Časopis Českého museum* XI(1)/1837.

Полојац, М., „Ортаклук као заједница имовине у СГЗ – историјски осврт на § 727“, *Српски грађански законик – 170 година* (ур. М. Полојац, З. С. Мирковић, М. Ђурђевић), Београд 2014. (Polojac, M., „Ortakluk kao zajednica imovine u SGZ – istorijski osvrt na § 727“, *Srpski građanski zakonik – 170 godina* (ur. M. Polojac, Z. S. Mirković, M. Đurđević), Beograd 2014)

Romac, A., *Izvori rimskog prava*, Zagreb 1973.

Romac, A., *Rimsko pravo*, Zagreb 1981.

Smith, W., *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, London 1875.

Споменица Др. Николе Крстића, Српска краљевска академија, Београд 1908. (*Spomenica Dr. Nikole Krstića*, Srpska kraljevska akademija, Beograd 1908)

Станимировић, В., „Схватања о миразу у антици и њихов утицај на поимање мираза код Срба“, *Антички свет, европска и српска наука* (ур. К. Марицки Гађански), Београд 2009. (Stanimirović, V., „Shvatanja o mirazu u antici i njihov uticaj na poimanje miraza kod Srba“, *Antički svet, evropska i srpska nauka* (ur. K. Maricki Gađanski), Beograd 2009)

Strohal, I., *Miraz za vrijeme braka po rimskom pravu*, Zagreb 1898.

Шаркић, С., *Лазар Костић, Theses e scientiis iuridicis et politicis (Тезе из правних и политичких наука)*, Матица српска, Нови Сад 2011. (Šarkić, S., *Lazar Kostić, Theses e scientiis iuridicis et politicis (Teze iz pravnih i političkih nauka)*, Matica srpska, Novi Sad 2011)

Vogt, H., *Studien zum Senatus Consultum Velleianum*, Bonn 1952.

Voltera, E., *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1987.

Вулетић, В., „Зашто Српски грађански законик није правни трансплант – уговор о продаји и куповини", *Српски грађански законик – 170 година* (ур. М. Полојац, З. С. Мирковић, М. Ђурђевић), Београд 2014. (Vuletić, V., „Zašto Srpski građanski zakonik nije pravni transplant – ugovor o prodaji i kupovini" (ur. M. Polojac, Z. S. Mirković, M. Đurđević), Srpski građanski zakonik – 170 godina, Beograd 2014)

Westrup, C. W., *Family Property and Patria Potestas*, London 1936.

Зигель, Ѳ., *Законникъ Стефана Душана*, Санктпетербургъ 1872.

Zimmerman, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Johannesburg 1990.

Žika Bujuklić, PhD

Full Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

ROMAN LAW IN DOCTORAL THESES OF NIKOLA KRSTIĆ FROM 1854

Summary

The author analyses a dozen of claims ("theses") from Roman law in the doctoral work of Nikola Krstić "Theses ex scientis juridicis et politicis", who defended it at the Royal University of Pest in 1854. This Latin text has not been published so far, so comprehensive translation with expert commentary is a task that is awaiting our legal science. However, on the basis of this partial analysis, which includes only a small piece of a total of seventy theses, the author concludes that this candidate had an enviable legal education and a boldness to engage in an under-investigated area of legal science. Krstić showed a good knowledge of the basic institutions of Roman law and desire to introduce in its "theses" the issues that

are innovative, insufficiently tested. He was comparing different Roman institutions mutually, comparing them also with the law of other ancient nations, searching for their influences in medieval Serbia and modern Civil Codes (Serbian and Austrian). Krstić's work represents the first step in the area of legal history in Serbia and he is justified as the founder of this legal discipline at the University of Belgrade. The author concludes that the questions that Krstić raised still remain the subject of studying of numerous civilians and Romanists, up to the most recent times.

Key words: *Nikola Krstić. – Doctoral thesis. – Roman law. – Legislation of tsar Dušan. – Serbian and Austrian Civil Codes.*

Article history:
Received: 28. 6. 2018.
Accepted: 10. 9. 2018.

УДК 347.447.6; 347.235(497.11)

CERIF: S130

Др Драгор Хибер*

ПРЕДУГОВОР ОБЕЗБЕЂЕН КАПАРОМ КОД УГОВОРА О ПРОМЕТУ НЕПОКРЕТНОСТИ У ПРАВУ СРБИЈЕ

Закључењу уговора о промету непокретности у правној пракси често претходи предуговор, а уговара се и капара, једнако и уз предуговор и уз коначни уговор. Обе установе, предуговор и капара, у теорији и пракси отварају бројна питања.

У тексту је анализирано о чему се странке морају сагласити да би настао предуговор, у којој се форми закључује и нарочито које су правне последице неизвршења обавезе да се закључи главни уговор. Код последњег, аутор сматра да је распрострањен став да ће у том случају судска пресуда заменити коначни уговор могуће прихватити само ако се повеже са принудним извршењем кондемнаторне одлуке којом се наређује закључење уговора, а не као непосредно дејство такве одлуке.

У анализи капаре уговорене уз предуговор у промету непокретности, разматрана су отворена питања, укључујући дозвољеност и целисходност таквог уговарања. У пракси се често капара у предуговору уговара за неиспуњење обавезе из коначног уговора, а не предуговора. Судови с правом такво уговарање ниште. Капара уз предуговор, истина, нема све карактеристике (функције) капаре, на пример, она се по природи ствари не може урачунати у испуњење. Испитивано је и, у светлу недоумица у судској пракси, да ли су правила о капари и одустаници диспозитивна, односно могу ли странке уговорити другачије.

Општи је закључак расправе да, мада је предуговор сложена и контроверзна установа и мада се разлози предуговарања могу остварити другим установама (одложним условом или роком на пример), с обзиром на традицију може остати установа уговорног права, али је корисно преиспитати и прецизирати правила о појединим питањима, као што су дејства и принудно остварење и друге последице. Што се капаре тиче, ма колико да је архаична и упоредно помало заборављена установа, у појединим случајевима још увек

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *hiber@ius.bg.ac.rs*.

може бити корисна, посебно зато што се унапред даје а не дугује, и то ако се допусти да је странке, у границама правног поретка, прилагоде својим потребама.

Кључне речи: *Промет непокретности. – Предуговор. – Испуњење предуговорне обавезе. – Капара. – Обезбеђење предуговорне обавезе капаром.*

1. О ПРЕДМЕТУ ИСТРАЖИВАЊА

У правној пракси у Србији у процесу закључења уговора о промету непокретности[1] главном (коначном)[2] уговору често претходи предуговор; већ у тој фази закључења коначног уговора странке често свој правни положај учвршћују уговарањем капаре. За ову тврдњу не могу се понудити статистички подаци као доказ, али на то указује увид у јавнобележничку праксу, али и мноштво судских одлука објављених у зборницима и на порталима о предуговору и капари у промету непокретности, па и упоредноправна искуства.[3] По

[1] Израз *промет непокретности* је законски (вид. Закон о промету непокретности, *Службени гласник РС*, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015). Пре тог, у законодавству је коришћен израз *промет земљишта и зграда* (вид. савезни Закон о промету земљишта и зграда, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/1965, 57/1965, 17/1967 и 11/1974). Вид. за историјат закона у тој области Ненад Тешић, „О значају форме за промет непокретности – анализа судске праксе пре увођења јавнобележничког записа у српско право“, *Усклађивање пословног права Србије с правом Европске уније* (ур. Вук Радовић), Београд 2014, 482–511. Синтагма *промет непокретности* је погрешна у оба дела. *Промет* (правни промет) је израз који се употребљава да означи пренос (прелаз) субјективних грађанских права или овлашћења са једног субјекта на друге, па се у том смислу разликује транслативан и конститутиван пренос. Вид. Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 1996, 132 и 135. Упор. Владимир Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2012, 287. У Закону о промету непокретности под прометом се подразумевају само транслативан пренос, пренос права својине, не и конститутиван, (уговорно) конституисање хипотеке, службености. Реч непокретности употребљена је да означи право својине на непокретним стварима. Вид. за поистовећење ствари и права на ствари, изједначавање објекта и права (својине) на ствари Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд 1999, 19. Отуда би тачније било рећи *пренос права својине на непокретностима.* Законски назив ће ипак бити коришћен у овом тексту.

[2] За термин *главни* уговор вид. Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 45. За термин *коначни уговор* вид., на пример, Горан Георгијевић, „Предуговор“, *Правни живот* 10/2004, 586.

[3] Упор., на пример, Philippe Malinvaud, *Droit des obligations*, Paris 2007, 84, који пише да су у француском праву предуговори веома чести у промету непокретности „јер је то домен где је тешко, ако не и немогуће закључити одмах коначан уговор“. Упор. и за швајцарско право Walter Stoffel, „La promesse de contracter en

свему судећи, иза такве праксе код нас и у Француској стоји исти мотив – одлагање коначних дејстава коначног уговора.[4]

Предуговара се и код других уговора, на пример закупа непокретности. И судови у Србији су имали прилике да се изјашњавају и о таквим предуговорима[5]; обично се сложеност и вредност коначног уговора издвајају као разлози за преговарање и закључење припремних споразума[6], па следствено и предуговора. Ипак, судећи према објављеној судској пракси, предуговори доминирају у промету непокретности.

То би још више могло да важи за капару. Карактеристична је за купопродајне уговоре, а нека правила о капари, која постоје и у нашем[7] и упоредном праву[8], упућују на то да је, регулишући је, законодавац имао у виду купопродају и купца, предвиђајући да се примљена капара по правилу урачунава у испуњење. У неким правима, идући

droit suisse", *Recueil des travaux présentés aux deuxième journées juridiques yougoslavo – suisses*, Zürich 1986, 141. Вид. за нотарску праксу у романској Швајцарској François Dessemontet, *Commentaire romand, Code des obligations* (eds. Luc Thévenoz, Franz Werro), I, Genève 2006, 149.

4 Вид. за француско право P. Malinvaud, 84. У француском праву то је повезано са транслативним дејством уговора упереног на пренос права својине. Апстрактно посматрано, стриктно вољни акт, уговор, довољан је да пренесе право својине, пренос права својине је „потпуно интегрисан у уговор (о продаји), нужна је последица сусрета две воље", пренос својине је тренутан – тако, уместо многих, Christian Atias, *Droit civil – Les biens*, Paris 2014[12], 220. Предуговарањем (и учвршћењем капаром) одгађа се то коначно дејство, а осигурава сигурност за странке. Парадоксално, али тако је, по традицији, и у праву Србије. Мада је прихваћен римски, односно аустронемачки систем у којем се претпоставља (уговор као) титулус и, код непокретности, упис као *modus acquirendi* (вид. чл. 33 Закона о основама својинскоправних односа, *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник РС*, бр. 115/2005 – др. закон вид. и, уместо свих, Андрија Гамс, *Основи стварног права*, Београд 1971[6], 256–257), странке су прибегавале предуговору мотивисане правним разлозима (уговор о промету непокретности је дефинитивно закључен када се остваре услови форме, дотле не производи никаква дејства; од тог момента тај уговор је исправа на основу које се остварује упис, нема дакле постепености у дејствима, односно разлике између облигационих дејстава која наступају сагласношћу воља, и састављања писмене исправе која је услов за упис (вид. О. Станковић, М. Орлић, 349), али и практичним, раније везаним, на пример, за трансфер новца код исплате цене и слично.

5 Вид., на пример, за правна дејства предуговора код уговора о закупу Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 370/2007, од 21. фебруара 2007, *http://ingpro.propisi.net*, 27. април 2018. Слично и Пресуда Приведеног апелационог суда, Пж. 849/2010, од 10. марта 2010, *Paragraf Lex*.

6 Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Београд 1993, 395.

7 ЗОО, чл. 79, ст. 2.

8 Законик о облигацијама Швајцарске (даље: COS), чл. 158, ст. 2; Грађански законик Немачке (даље: BGB), чл. 337; Грађански законик Румуније из 2009. (даље: ГЗР), чл. 1544, ст. 1.

за тим, правила о капари су предвиђена у оквиру правила о уговору о продаји.[9]

Главни предмет текста који следи биће ситуација када је закључен предуговор о промету (продаји) непокретности и уговорена (дата) капара, али пре тога ваља подсетити да те две установе веже и једно историјско питање. Капара је, наиме, традиционално, а и у нашем праву, реални уговор.[10] Закључењу реалних уговора (предајом ствари) претходи споразум странака, који се у појединим правним системима и у доктрини квалификује као предуговор.[11] Слабости концепта предуговора који претходи предаји као реалној форми уговора уочио је О. Станковић, који је предложио алтернативно решење.[12] Могло би се додати да тај концепт противуречи идеји о паралелизму форми која важи за предуговор: ако је коначни уговор формалан, реалан, онда би такав морао бити и предуговор. Реално закључење предуговора је незамисливо – нема се шта предати.

Замишљено централно питање овог написа је, међутим, испитивање ситуације када је уговору о купопродаји непокретности (а резултати анализе су примењиви и када се предуговара закључење и неког другог уговора) претходио предуговор, а истовремено и споразум о капари повезан са тим предуговором. Судска пракса се сусрела са једним бројем спорних питања у таквој ситуацији, а чини се да су она повезана са извесним теоријским нејасноћама, али и не у свему неспорним решењима закона која се имају применити на те случајеве. Мада ово није текст о установи предуговора као таквој (ни о установи капаре) већ о поменутом посебном случају, неопходно је,

[9] Грађански законик Француске (даље: CC), чл. 1590. (CC је предвиђа у виду капаре као одустанице; упор. ЗОО, чл. 83). Вид. за разлику између овакве капаре као одустанице и права на враћање купљеног у потрошачком праву (не представља одступање од неопозивости уговорене обавезе за разлику од права на враћање купљеног) и од уговорне казне Christian Larroumet, Sarah Bros, *Les obligations. Le contrat*, Paris 2016[8], 596 и 767–772.

[10] ЗОО, чл. 79, ст. 1: „Ако је у тренутку закључења уговора једна страна *дала* другој известан износ новца...“. Вид. Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Београд 1987, 60; Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1990, 357–358. Вид. супротно за швајцарско право, где се такође говори о *давању* капаре (COS, чл. 158, ст. 1); Michel Mooser, *Commentaire romand, Code des obligations* (eds. Luc Thévenoz, Franz Werro), II, 861, који сматра и да за уговор о капари важи паралелизам форми: има се закључити у форми која важи за главни уговор (уговор за који се капара даје, што може бити и предуговор).

[11] Вид., на пример, О. Станковић, В. Водинелић, 170; С. Перовић, 358. Упор. Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet, *La formation du contrat, Tome I*: *Le contrat – le consetament*, Paris 2013, 731. Према мишљењу тих аутора, друга могућност је једнострано обавезивање на давање или једнострано обавезивање, односно једностранообавезни предуговор, за који важи споменути принцип паралелизма форми. *Ibid*., 724–725.

[12] О. Станковић, В. Водинелић, 170–171.

пре те средишње анализе, отворити неколико питања тих установа, полазећи од позитивног права, судске праксе и теорије, па и имајући у виду започету реформу нашег грађанског права, односно решења садржана у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије.[13]

2. О ПРЕДУГОВОРУ У ПРАВУ СРБИЈЕ

Предуговор је регулисан Законом о облигационим односима и, мада га тај закон дефинише као *врсту* уговора, уређен је у одсеку који се односи на *закључење уговора*, уже на *сагласност воља* као елемент закључења уговора.[14] Према тексту закона, то је „уговор којим се преузима обавеза да се доцније закључи други, главни уговор“. Дефиниција је слична оној из COS.[15]

Упоредноправно посматрано, уз све разлике, обвезивање слично предуговору из ЗОО постоји практично свуда. У неким правним системима такав је (такви су) уговор(и)[16] предвиђен(и) и уређен(и) законом. Неке значајне кодификације[17] не предвиђају изричито предуговор

13 Вид. верзију Преднацрта Грађанског законика Републике Србије која „важи“ у време писања овог текста у *Правни живот* 5/2016 (даље: *Преднацрт*).

14 ЗОО, Глава II, одсек I, чл. 45. У доктрини, у општим делима, чешће се, међутим, систематизује и обрађује у расправи о врстама уговора. Вид. Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд 2004, 129; Ж. Ђорђевић, Б. Станковић, 203; С. Перовић, 234; Јожеф Салма, *Облигационо право*, Нови Сад 2004, 347. У француској литератури расправа о сродним установама је, пак, обично систематизована у деловима који говоре о закључењу уговора. Вид., на пример, J. Ghestin, G. Loiseau, Y-M Serinet, 574 и даље; P. Malinvaud, 84 и даље; Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stofffel-Munck, *Droit civil, Les Obligations*, Paris 2009[4], 424 и даље. У швајцарској литератури о предуговору се расправља и као одступању од слободе уговарања: онај ко је закључио предуговор обавезан је да закључи главни уговор. Вид. Pierre Tercier (avec la collaboration de K. Devaud), *Le droit des obligations*, Genève – Zurich – Bâle 2009, 126–127.

15 „Уговором се може преузети обавеза за закључење будућег уговора“ – COS, чл. 22. Упор. чл. 936 Аустријског грађанског законика (даље: АГЗ). Вид. о последњем Vilim Gorenc, *Komentar zakona o obveznim odnosima*, I, Zagreb 2014, 407. Упор. детаљније Лазар Марковић, *Облигационо право*, Београд 1997, 195–196. Исти појам је задржан у *Zakonu o obveznim odnosima Hrvatske*, чл. 268.

16 Вид., осим наведених у претходној фусноти, ГЗР, чл. 1282.

17 На пример, BGB. Вид. упоређењем са француским правом Günter Reiner, „Le processus de formation du contrat dans le projet d’ordonnance de la Chancellerie – quelques commentaires“, *La réforme du droit des obligations en France, 5èmes journées franco-allemandes* (dir. Reiner Schulze *et al.*), Paris 2015, 67–68. CC до промена из 2016. године када су у *L’Ordonnance n°2016–131*, 10. 2. 2016. (*portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*), којом су битно новелирана бројна питања општег дела облигационог права и уговорног права, чл. 1123 и 1124 прихваћени су *Le pacte de préférence* којим се једна страна обавезује тако да креира за другу право пречег уговарања, ако одлучи да закључи одређени уговор

(ни сродне сагласности воља постигнуте у процесу закључења уговора), али су теорија и судска пракса сагласне да су они дозвољени, да производе правна дејства на која су усмерена, пре свега ослонцем на принцип слободе уговарања.

Без обзира на разлике у начину регулисања, извесна питања која се односе на предуговор свуда су отворена, а могу бити важна за централну тему овог текста, предуговор којим је преузета обавеза за закључење уговора о промету непокретности, који је закључен уз давање (уговарање) капаре.

2.1. Предуговор и битни елементи коначног уговора

Прво је питање мере, обима сагласности воља о елементима будућег коначног (главног) уговора која у предуговору мора бити постигнута.

Према ЗОО, „предуговор обавезује ако садржи битне састојке главног уговора“.[18] Дакле, они споразуми које странке постигну у поступку закључења главног (коначног) уговора, у којима сагласношћу нису обухваћени битни састојци коначног уговора не стварају права и обавезе (на закључење коначног уговора), па нису предуговори, па ни уговори јер је дејство уговора управо стварање права и обавеза између странака.

Слично, ГЗР предвиђа да „обећање на уговарање“ (*la promesse de contracter*)[19] „мора да садржи све састојке уговора у одсуству којих странке не могу извршити обавезу“. Обавезну сагласност о битним састојцима уговора предвиђа и аустријско право.[20]

Решење у *Скици* је више изнијансирано, тако што разликује ситуацију у којој су у предуговору одређени битни услови за закључење главног уговора, када је за случај неизвршења предуговорне

(COS, чл. 216, ст. 2: „Обећање продаје је споразум о праву прече куповине...“) и опциони уговор сличан оном из *Скице за законик о облигацијама и уговорима* (даље: *Скица*), чл. 30. Посебно уређење предуговора не постоји ни у BGB, па је могућност његовог закључења остављена начелу слободе уговарања.

18 ЗОО, чл. 45, ст. 3.

19 ГЗР, чл. 1279. Како коментарише један од чланова редакционе комисије, у питању је синоним за предуговор. Вид. Bogdan Dumitrache, „Commentaire introductif au Livre V. Des Obligation. Titres I à X relatifs aux obligations en général“, *Nouveau Code civil Roumain: traduction commentee* (red. Daniela Borcan, Manuela Ciuruc), Juriscope – Dalloz, 2011, 339. ГЗР обећање на уговарање (предуговор) дефинише као обећање, што би могло да се разуме једнострано, а нама се чини да нема правнологичких препрека и да буде узајамно. У COS предуговор је дефинисан као двострано обавезан уговор, али судска пракса допушта и једнострано обавезивање. Вид. F. Dessemontet, 148.

20 АГЗ, чл. 936. Вид. V. Gorenc, 408.

обавезе предвиђено да ће се пресуда којом се странка обавезује да коначни уговор закључи „сматрати као закључење главног уговора“[21], док у случају да не постоји таква сагласност, неизвршење даје сауговорнику право да захтева накнаду штете.[22]

Супротно, у члану 22 COS не предвиђа се ништа када је обим предуговорне сагласности у питању, препуштајући одговор на то питање теорији и судској пракси. Судови су на становишту да предуговор може да се идентификује са главним уговором, што претпоставља да би предуговор и главни уговор требало да се закључују између истих странака и под истим условима, да се само тако може и директно тражити извршење главне обавезе, што подразумева и предуговорну сагласност о битним елементима уговора.[23]

Француска доктрина, развијена пре интервенције учињене у тој области, изменама из 2016. године, полазећи од посебних случајева који су имали особине предуговора, а који су били предвиђени у CC и правној пракси, разликовала је такве код којих је неопходна сагласност о битним елементима[24], код којих су ти елементи одредиви[25] или пак код којих није неопходно да предуговор садржи битне услове коначног уговора већ је довољно да садржи „битне индикације непокретности“ и „провизорну цену“, као што се то тражи у француском

---

21 *Скица*, чл. 29, ст. 5.

22 *Скица*, чл. 29, ст. 4. Алтернатива у Преднацрту Грађанског законика Србије, чл. 191, прати исту идеју, предвиђајући накнаду штете као основну санкцију, а судску пресуду која замењује закључење уговора када су у предуговору одређени битни услови за закључење главног уговора, али задржава и одредбу из ЗОО по којој предуговор обавезује ако садржи састојке главног уговора.

23 Вид. F. Dessemontet, 149–150 и тамо наведене судске одлуке. Вид. за развој схватања у швајцарском праву W. Stoffel, 139–142. Како се наводи, старија доктрина је предуговор, који је обухватио све битне елементе, схватала као главни уговор, али условљен. Новија је изражавала скептицизам у односу на разлог постојања таквог предуговора.

24 Вид., на пример, CC, чл. 1589, који предвиђа да ће узајамно обећање продаје моћи да важи као продаја ако су се странке сагласиле о предмету и цени. Упор. С. Перовић, 236. Вид. за схватања по којима се разликује обострано обећање од коначног уговора Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Stofffel-Munck, 229.

25 Вид. за *pacte de préférence* (новог) чл. 1123 CC (на основу пројекта) J. Ghestin, G. Loiseau, Y-M. Serinet, 580. Аутори тај предуговор упоређују са уговорним правом прече куповине, позивајући на литературу, али и судску праксу. Томе у прилог иде чл. 1123, ст. 2 (новелираног) CC, који уређује санкције за случај повреде права бенефицијара, на исти начин на који се оне уређују у уговорном праву прече куповине: ако је трећи несавестан, поништење уговора који је са њим закључен и одлука суда којом се замењује уговор са бенефицијаром, иначе накнада штете. Вид. детаљније Thibault Douville (dir.), *L'Ordonnance n°2016–131*, 10. 2. 2016. (*portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations)*, 2016, 67. Упор. P. Malivaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*, Paris, 2017[14], 145. Вид. детаљније C. Larroumet, S. Bros, 258–260.

праву за продају објекта у изградњи који француски правници називају и уговор о резервацији.[26] Најзад, за поједине „врсте" предуговора – ако су уопште у питању предуговори, неће сметати да предуговор буде ваљано закључен, пуноважан, иако, на пример, цена није одређена, али постоје други битни елементи, као, на пример, уговор о ексклузивној продаји робе једног велетрговца који са њим закључује трговац на мало.[27] Тако је и са онима који су само припремни споразуми (*les contrats préparatoirs*), етапа у процесу закључења уговора.[28]

У нашој доктрини преовлађује став да је за предуговор неопходна сагласност о битним елементима коначног уговора[29]; неки аутори дозвољавају да постоје две врсте предуговора, они који садрже елементе будућег уговора (па се могу принудно извршити тако што ће судска одлука заменити коначан уговор) и они код којих не постоји сагласност о свим битним елементима.[30]

2.2. Последице неизвршења обавезе из предуговора

У ЗОО није изричито предвиђена санкција за неизвршење предуговорне обавезе на закључење главног уговора. Закон ипак предвиђа *правно средство* за заштиту странке у предуговору: заинтересована страна која је верна предуговору може тражити од суда да пресудом наложи другој да приступи закључењу главног уговора, дајући му, у пресуди, и парициони рок у коме то треба да учини.[31] Услови за ту заштиту су, осим чињенице да су странке постигле са-

[26] Вид. Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Stofffel-Munck, 225. И овде се могу препознати елементи права прече куповине.

[27] *Ibid*., 225–226. Као што се у претходно наведеним случајевима остварује функција права прече куповине, нама се чини да је овде у питању однос између тзв. генералног и посебних уговора. Вид. за ту поделу уговора С. Перовић, 229.

[28] Вид. P. Malivaud, D. Fenouillet, M. Mekki, 142–143.

[29] Вид. Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 203; С. Перовић, 236 (аутор инсистира да је неопходна сагласност и о субјективно битним елементима); Ј. Радишић, 130; М. Орлић, нарочито 415–418, разликује, полазећи од текста *Скице*, предуговор (у ужем смислу), у коме су се странке споразумеле о битним слементима будућег уговора, и споразуме који такође претходе коначном уговору, који их не садрже, а који могу имати друга правна дејства, односно производити друге правне последице у односу на предуговор.

[30] Г. Георгијевић, 588–589. Аутор пише да предуговор може а не мора да садржи битне елементе, ослањајући се на описано решење из *Скице*, и пита се да ли ћутање ЗОО о предуговорима који не садрже све битне елементе намераваног уговора значи да они не постоје у нашем праву. Разлика у односу на претходно поменуто схватање Орлића је, ако добро разумемо, што он такве споразуме и не назива предуговор већ их сврстава у „остале" споразуме, а Георгијевић их од других припремних споразума разликује. Упор. за последње P. Malivaud, D. Fenouillet, M. Mekki, 141–143.

[31] ЗОО, чл. 45, ст 4.

гласност о битним састојцима будућег уговора, да је захтев благовремен и да се друга страна не може позвати на промењене околности.[32] На основу тих одредаба може се претпоставити да је Закон коначни изглед заштите препустио општим правилима, која важе за све уговоре, а то значи правилима извршног поступка.

У *Скици* је, међутим, била предвиђена алтернативна последица, зависно од тога да ли су у предуговору „одређени битни услови за закључење главног уговора". Ако нису, сауговорник веран предуговорној обавези стиче право на накнаду штете, у противном, када су ти састојци уговорени, суд ће обавезати другу страну на закључење, а ако она то не учини у парицином року, пресуда ће се „сматрати као закључење главног уговора".[33]

И у упоредном праву то питање је повезано са претходним – да ли је предуговором обавезно уредити све битне састојке коначног уговора, односно да ли су утврђени. То је и разумљиво: да би одлука суда, непосредно или у извршном поступку, ако не буде закључењем уговора добровољно извршена, коначни уговор могла да замени, треба да гласи на закључење *одређеног* уговора и да тако „закључен", односно пресудом супституисан уговор може и сам бити принудно извршен. Управо та идеја је недвосмислено прихваћена у ГЗР: предуговор мора садржати све клаузуле будућег уговора без којих је немогуће извршити прихваћену обавезу. Осим накнаде штете, на захтев предуговору верне странке суд ће донети одлуку која ће заузети место уговора, под условом да то *дозвољава природа уговора и уколико су законски захтеви за пуноважност тог уговора испуњени.*[34]

Ни у швајцарском праву закон не одређује последице неиспуњења предуговорне обавезе, не спомиње ни правно средство које је на располагању другој страни, као што то чини ЗОО. Према судској пракси и пратећој теорији, неиспуњење предуговорне обавезе отвара две могућности: да пресуда замени коначни уговор[35] и да се досуди накнада штете, у потоњем случају тако што ће се накнада ограничити на негативни уговорни интерес „јер главни уговор није закључен".

---

32 ЗОО, чл. 45, ст. 5 и 6 (захтев се може истаћи у року од шест месеци од рока предвиђеног за његово закључење, односно од када је, по природи ствари, требало да буде закључен).

33 *Скица*, чл. 29, ст. 4 и 5.

34 ГЗР, чл. 1279. Законом је искључена могућност да одлука замени уговор ако су у питању реални уговори. Уједно законом се изричито предвиђа да сагласност (*convention*) којом се странке обавезују да преговарају или да измене неки уговор не представља предуговор.

35 P. Tercier, 239. Тужба која се у том случају подиже је *конститутивна* (*une action formatrice*).

Ипак, скривљено незакључивање главног уговора требало би да доводе до накнаде изгубљене добити.[36]

У доктрини ослоњеној на ЗОО, као и у упоредној, ставови се разликују у нијансама и нису увек сасвим јасни. Ако се пуноважност предуговора условљава сагласношћу о битним састојцима уговора (независно од тога да ли ће за друге сагласности бити предвиђена друга правна дејства и која)[37] у односу на (такав) предуговор у ужем смислу и његове правне последице могу се разликовати следећа схватања:

а. Ако једна од страна одбије да закључи главни уговор, суд ће је на захтев на то обавезати, а ако закључење и даље изостане, судска одлука ће заменити незакључени уговор.[38] Та могућност се ставља под резерву у упоредном праву, када је о појединим предуговорима, односно појединим коначним уговорима реч: искључује се када је то противно природи или посебним условима за пуноважност коначног уговора.[39]

---

[36] F. Dessemontet, 150. Аутор додаје да, мада се предуговор у погледу принудног извршења у натури не разликује од „обичног“, у пракси ће за такво извршење бити много препрека, па по правилу долази до накнаде штете.

[37] Поједини аутори, пре другог, праве разлику између двострано обавезних и једнострано обавезних предуговора. Полазећи од дикције чл. 45, ст. 1 ЗОО, према којем је предуговор уговор којим се преузима обавеза да се закључи главни уговор, они налазе да се предуговором може дати право само једној од њих да изјавом своје воље предуговор претвори у главни уговор, укључујући дакле у појам предуговора и опциони уговор. У таквом случају довољна је изјава овлашћене стране да правна дејства таквог предуговора (опционог уговора) наступе. Вид. тако, на пример, Младен Драшкић, *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), I, Нови Сад 1983, 146; исто и V. Gorenc, 409. Вид. за опциони уговор *Скица*, чл. 30, и *Преднацрт*, чл. 192. Не поставља се, дакле, питање правне последице неиспуњења предуговора и лако је уочити разлику у односу на предуговор у ужем смислу: да би код тог другог на основу предуговора настао коначан уговор, треба и да га странке закључе, код опционог уговора странке су се о њему сагласиле, треба да бенефицијар својом изјавом доведе да он почне да производи правна дејства, па опциони уговор („једнострано обећање уговора“) највише личи на уговор закључен са потестативним условом. У даљем тексту имаћемо у виду предуговор у ужем смислу, онај који обе стране обавезује на закључење уговора. Подела на једнострано и двострано предуговорно обавезивање и с обзиром на установу опционог уговора позната је и упоредном праву. Вид. за француско право уместо свих J. Ghestin, G. Loiseau, Y-M. Serinet, 572–573, за швајцарско F. Dessemontet, 148. Вид. за обавезну снагу, време и начин на који се бенефицијар користи опцијом у француском праву и C. Larroumet, S. Bros, 280–282.

[38] Тако, на пример, М. Драшкић, 148; V. Gorenc, 409; ту могућност дозвољава и Г. Георгијевић, 599–600. Вид. за швајцарско право F. Dessemontet, 149–150, и детаљније W. Stoffel, 143–144.

[39] Вид. ГЗР, чл. 1279, ст. 3, који, осим позивања на природу и посебне услове за пуноважност коначног уговора, ту могућност искључује и за обећање закључења реалног уговора. Вид. и Ј. Радишић, 130–131, који позивом на немачку доктрину као

Заправо, идеји да ће пресуда заменити коначни уговор, посебно ако не постоји законско правило које то изричито наређује, могуће је ставити значајне приговоре. Начелно је могуће поставити питање, на које негативно одговара један коментатор, има ли суд овлашћење да сачини уговор уместо странака.[40] Садржински, неки ће тај приговор покушати да заобиђу тврдњом да судска одлука не замењује главни уговор, већ уговорну изјаву стране која одбија да закључи главни уговор: страна верна уговору тужбом захтева да друга страна да изјаву којом се коначни уговор закључује, па пресуда којом се он на то обавезује доводи да се „сматра да је она дата чим је пресуда постала правоснажна".[41] Али ни то резоновање не даје одговор на једноставно питање: како пресуда којом се усваја кондемнаторни захтев (да суд наложи другој страни да приступи закључењу главног уговора) има конститутивно дејство, како „ствара" уговор? У литератури има покушаја да се и тај приговор разреши тако што се предлаже да у диспозитив пресуде којом се налаже туженом да приступи закључењу главног уговора буду унети главни садржај дефинитивног уговора и констатација да ће се главни уговор сматрати склопљеним (у наведеном садржају) даном доношења пресуде, ако тужени наложено у остављеном року не учини.[42] Ипак, остаје питање како се на кондемнаторни захтев одговара конститутивном одлуком.

б. Ти се приговори можда избегавају ако се само констатује да ће странци која одбија закључење коначног уговора то наложити суд, како то стоји и у ЗОО.[43] Неиспуњење судске кондемнаторне одлуке у париционом поступку води извршном поступку. Извршење

случајеве непримењивости тог правила наводи случај када је дугована чинидба из коначног уговора личне природе, иако претпоставља веће, посебно поверење.

[40] V. Gorenc, 408. Аутор негативан одговор користи да искључи могућност закључења предуговора без сагласности о битним елементима главног уговора, али на следећој страници допушта да судска одлука замени главни уговор ако битних елемената има.

[41] Ј. Радишић, 130.

[42] Boris Vizner, *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978, 207. И овде је, међутим, лако приговорити не само да на захтев за кондемнацију суд изриче и кондемнаторну и конститутивну одлуку, ако добровољна кондемнација изостане, па би се таква одлука могла квалификовати као *plus petitio.* Такав став је, међутим, био прихваћен од судова: „Судска пресуда донета на основу чл. 45, ст. 4 ЗОО замењује изјаву воље странке која неће да испуни обавезу склапања главног уговора протеком рока одређеног у пресуди а када тај рок није одређен, правоснажношћу судске пресуде (у чл. 243 ЗИП). Због тога, изрека пресуде мора да садржи све битне елементе главног уговора, тако како су одређени у предуговору (чл. 45, ст. 3 ЗОО)." XXI међурепублички координациони састанак виших привредних судова, привредних одељења врховних судова република и покрајина и судова удруженог рада Босне и Херцеговине и Војводине, став од 25. маја 1988, *ingpro.propisi.net/DocumentWebClient*, 27. април 2018. Вид. исто Пресуда Окружног суда у Новом Саду, Гж.192/06, од 5. септембра 2007, *Intermex.*

[43] Вид., на пример, Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 203.

се у том (таквом) случају може постићи, према једном мишљењу, применом правила о тзв. *самоостварењу* потраживања које је предмет извршења, *по закону*. Како се примењује, под одређеним околностима, у извршном поступку, сама судска одлука (по закону) стиче одређено својство (дејство), па се за постизање тог дејства (овде да одлука замени уговор) не прибегава посебним радњама извршења, оне нису неопходне; пример за то би управо било сматрати да је изјава воље дата, ако је извршном дужнику пресудом наложено давање изјаве воље, па би се самоизвршењем сматрало да је изјава дата, и то даном правноснажности пресуде.[44, 45]

Теоријски, концепт самоизвршења премешта питање из домена *дејства* (кондемнаторне) одлуке на терен дејстава која настају у поступку њеног извршења. За самоизвршење је, међутим, потребан законски основ[46], а у ЗОО није изричито превиђено да ће судска одлука којом се налаже закључење уговора „заменити“ уговор; потребан је још један корак који ће значити да се питање таквог дејства и формално преноси на терен извршног поступка. Према правилима извршења могуће је, наиме, да *решење о извршењу* замени изјаву воље, са дејством од правоснажности пресуде.[47] Видљива је битна разлика између две солуције. Код прве ће сама пресуда, *ipso iure*, ако не буде добровољно извршена, заменити коначни уговор, код друге треба покренути извршни поступак и до такве супституције доћи ће у поступку извршења.

в. Према једном мишљењу, за случај неизвршења обавезе на закључење уговора наложеног судском пресудом следи право на накнаду штете; каткад јер је то једина могућа санкција.[48] Заправо, у

44 Вид. Mihajlo Dika, *Građansko ovršno pravo*, I, Zagreb 2007, 144. Аутор се залаже за што ширу примену тог принципа *de lege ferenda.*

45 Тако може бити и у швајцарском праву, где поједина кантонална законодавства изричито предвиђају да ће судија пресудом заменити изјаву воље. Вид. W. Stoffel, 143. Упор. P. Tercier, 239.

46 Какав постоји, на пример, у чл. 1279, ст. 3 ГЗР.

47 Вид. Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 106/2016, чл. 390. Правило је смештено у делу о *начину извршења*, а радњама извршења мора претходити решење о извршењу (чл. 66). Нема извршења док га суд, својим решењем, на предлог извршног повериоца, не покрене. (Израз „правоснажност одлуке“ у овој одредби односи се на одлуку која је извршна исправа.) Судећи према објављеним судским одлукама, међутим, наши судови сматрају да ће сама судска одлука, без извршног поступка, ако су у њој наведени елементи коначног уговора, бити довољна и да ће довести до *самоостварења*, како је описано. Вид одлуке наведене у фусноти 41.

48 С. Перовић, 235. Аутор као пример наводи случај у коме је страна у предуговору отуђила незамењиву ствар која је предмет главног уговора и налази да је једина могућа санкција накнада штете. (Околност да је предмет будуће обавезе отуђен не мора међутим да спречи закључење главног уговора: предмет уговора

доктрини се отвара начелна дилема: да ли би последица кршења предуговорне обавезе, односно незакључења коначног уговора требало да буде судска пресуда која има конститутиван карактер (која замењује коначни уговор), непосредно или кроз извршни поступак, или накнада штете страни верној предуговору. Прво решење је, према мишљењу једне групе аутора, неприхватљиво. Значило би кршење слободе избора. „Воља да се закључи коначни уговор мора бити поновљена, па санкција неиспуњења предуговорне обавезе може једино бити накнада штете“[49]; странке не могу бити натеране на закључење коначног уговора, „замењивање воље судском одлуком у том случају није стварно замењивање“.[50]

Предуговору веран сауговорник свакако може имати и право на накнаду штете, макар да правни систем дозвољава замену изјаве уговорне воље пресудом, и то се право да објаснити позивом на општа правила уговорног права. Најпре, пошто је предуговор уговор, замисливо је да незакључење коначног уговора, неизвршење предуговорне обавезе, буде разлог за раскид уговора због неиспуњења. Ако су странке предуговором предвиделе рок за закључење коначног уговора, то би био случај раскида фиксног уговора, иначе ће се применити општа правила о раскиду. Последица раскида може бити накнада штете.[51]

г. Најзад, претходна расправа о појму предуговора, обиму сагласности воља који предуговор подразумева и односу према

може бити и туђа ствар. Вид. чл. 460 ЗОО). Вид. и фусноту 36 – реч је о истом решењу, само посматрано из другог угла.

[49] Вид. тако Г. Георгијевић, 599–602, који, супротставља две могућности, накнаду штете и конститутивну пресуду, изражавајући резерву у односу на решења која закључење уговора виде као обавезу на чинидбу. „Странке су дале пристанак за закључење уговора, али не и сагласност за закључење уговора.“ Отуда аутор сматра да „воља да се закључи коначни уговор мора бити поновљена, а накнада штете је једина могућа санкција“.

[50] Вид. Андрија Гамс, *Увод у грађанско право*, Београд 1979, 244. Аутор из тога изводи закључак да је предуговор правна установа која се тешко може оправдати.

[51] Вид. за правила о раскиду ЗОО, чл. 125 и 126, за накнаду штете као последицу раскида ЗОО, чл. 132, ст. 1. Вид. за раскид предуговора истеком рока на основу ЗОО, чл. 125, ст. 2; Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж 4130/10 од 12. јануара 2011, *http://pn2.propisi.net*, 27. април 2018. Вид. и за раскид предуговора због неизвршења Пресуду Врховног суда Србије Прев. 148/07 од 25. октобра 2007, *Intermex*. Вид. за такав логичан след изричито Љубиша Милошевић, *Облигационо право*, Београд 1977, 99. Вид. слично по ефекту Ј. Салма, 348, који, начелно разматрајући појам предуговора, сматра да се накнада штете појављује као санкција за одустанак од закључења главног уговора, „повреда предуговора повлачи за собом активирање секундарне обавезе“. (За предуговор из ЗОО аутор сматра да је у питању пунктација, која подразумева другачију санкцију. *Ibid*., 350.)

другим споразумима који се закључују као припремни, у поступку преговарања, дозвољава закључак да је судска одлука која ће заменити уговорну вољу могућа за предуговор у ужем смислу, онај у коме су се странке споразумеле о битним елементима будућег уговора. Предуговор је уговор, за разлику од осталих сагласности воља којима су се странке споразумеле да (савесно) преговарају или су постигле сагласност о неким, али не свим битним тачкама уговора[52], где санкција за неизвршење може бити (само) накнада штете.[53]

Може се закључити да је у правним системима који познају предуговор попут оног у ЗОО доминатно схватање, и у теорији и у судској пракси, да предуговор (у ужем смислу) мора да обухвати битне елементе коначног уговора, а да ће за случај да једна од страна (ако је двострано обавезан) одбија да га закључењем главног уговора изврши, у крајњој линији одлука суда заменити тај уговор. За то може бити потребан још један елемент – форма предуговора.

2.3. Форма предуговора

Закон о облигационим односима је јасан: да би био пуноважан, предуговор мора бити закључен у форми која је услов пуноважности коначног уговора, ако је за њега предвиђена *forma ad solemnitatem* – то је један од случајева паралелизма форми у нашем праву.[54] Доктрина то не доводи у питање[55], а судови су неочекивано често имали прилику да се о томе изјашњавају.[56]

---

52 М. Орлић, 308.

53 *Ibid*., нарочито 416–417. Уз напомену да те друге споразуме није требало схватити као врсту исте појаве са предуговором, аутор такво схватање види и у решењу чл. 29 *Скице*, где је накнада штете у ст. 4 резервисана за остале споразуме, а пресуда која замењује уговор из ст. 5 за предуговор (у ужем смислу).

54 „Прописи о форми главног уговора важе и за предуговор, ако је прописана форма услов пуноважности уговора.“ ЗОО, чл. 45, ст. 2. Види за форму уговора о промету непокретности, уместо многих, Марија Караникић Мирић, „Уговорена форма уговора о отуђењу непокретности“, *Српска политичка мисао* 2/2015, 313–339; Н. Тешић, 482 и даље.

55 Вид., на пример, М. Драшкић, 147; Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима* (Слободан Перовић), I, Горњи Милановац – Крагујевац 1980, 224. Упор. за безуслован паралелизам форми чл. 1351 Грађанског законика Италије: „Предуговор је ништав ако није закључен у оној форми коју је закон прописао за коначан уговор.“ Ј. Радишић, 130, наводи да би у противном прописи о форми могли бити изиграни.

56 Вид., уместо многих: „Предуговор о купопродаји непокретности који није оверен није ни настао...“ Пресуда Апелационог суда у Београду Гж 986/2011 од 26. септембра 2012, *Paragraf Lex*, исто Пресуда Врховног суда Србије Рев. 671/06 од 7. септембра 2006, *http://pn2.propisi.net*, 27. април 2018.

Форма предвиђена за будући уговор обавезна је и за предуговор и у швајцарском праву, ако је та форма предвиђена у интересу странака.[57, 58]

О примени правила о форми предуговора као таквог у судској пракси је постављено једно интересантно питање: да ли је могућа конвалидација недостатка форме извршењем?[59]

Питање је, већ на први поглед, беспредметно, примена правила о конвалидацији је немогућа. Извршити обавезе из предуговора значи закључити коначан уговор. Делимично испуњење је немогуће, а томе је најсличније закључење коначног уговора који се по садржини, уговореним елементима, разликује од оних у предуговору. Тада би се радило, ако би требало дати „теоријско разјашњење" онога шта се догодило, о споразумном раскиду предуговора и закључењу другог, коначног уговора, могуће и у облику новације. „Потпуно" испуњење, закључење главног уговора је могуће без обзира да ли је предуговор пуноважан или не. Предуговор и главни уговор не могу истовремено производити правна дејства,[60] закључење коначног уговора не само да предуговор не оснажује већ се обавезе из предуговора гасе и када су претходно пуноважно настале. Ако пак буду испуњене обавезе из коначног уговора, поставиће се питање његове конвалидације, а не конвалидације предуговора, под условом да сам не испуњава све услове за пуноважност.

Судови су се, у суштини, само изузетно позивали на правнологичко правило о конвалидацији предуговора, задовољавали су се констатацијом да предуговорна обавеза није извршена,[61] па би се путем *argumentum a contrario* могло закључити да би до конвалидације

57 COS, чл. 22, ст. 2. Вид. F. Dessemontet, 150. Вид. за примере непостојања паралелизма у швајцарском праву W. Stoffel, 133–134. Упор. за такво схватање у немачкој доктрини Ј. Радишић, 130. Упор. и С. Перовић, Д. Стојановић, 224.

58 Паралелизам форми није логично могућ ако се предуговор закључује ради закључења реалног уговора. Вид. о таквом предуговору J. Ghestin, 724–725. Одсуство форме предвиђене за коначни уговор, у француском праву, не мора искључити важност предуговора, али спречава да он замени коначни уговор, до чега би дошло изјавом бенифицијара код опционог уговора, на пример. Вид. C. Larroumet, S. Bros, 267 и даље.

59 ЗОО, чл. 73. Вид. детаљније о овом случају конвалидације С. Перовић, Д. Стојановић, 293–295.

60 С. Перовић, 235.

61 „...није испуњен главни услов за конвалидацију да је овај уговор у целини или претежном делу извршен. Ово зато што је главна обавеза из предуговора закључење главног уговора, а очигледно је да није дошло до закључења главног уговора, те обавезе из неовереног предуговора нису уопште извршене". Врховни суд Србије, Рев. 471/96 од 13. фебруара 1996, *Propis Soft*. Упор. Пресуду Врховног суда Србије Рев. 2928/2008 од 19. новембра 2008, *Propis Soft*. У обе пресуде суд међутим не искључује конвалидацију, да је до извршења дошло.

дошло да јесте извршена. У појединим одлукама, међутим, насупрот претходно описаном логичном следу, суд конвалидацију предуговора повезује са испуњењем обавезе из главног уговора.[62]

У судској пракси се то питање појавило у преображеном облику: судови су се разилазили у квалификовању дејстава предуговора, решавајући о томе да ли предуговор о купопродаји непокретности може бити основ за стицање својине. Према једном мишљењу, на основу пуноважно закљученог предуговора може се захтевати само да се приступи закључењу главног уговора, а не, када је предуговор пуноважан, да се утврди право својине.[63] У једном броју одлука судови налазе да пуноважан предуговор који није извршен закључењем главног уговора и није спроведен поступак принудног извршења, ако су обавезе из главног уговора извршене, може бити прихваћен као земљишнокњижна (катастарска) исправа на основу које се врши упис и самим тим наступају стварноправна дејства.[64] Наравно, сама помисао да предуговор буде титулус за стицање права својине нема никаквог основа: у односу на непокретност закључењем се не стиче ни облигационо право, потраживање; за то предуговор треба да буде извршен, добровољно или у поступку принудног извршења.

3. О КАПАРИ И КАПАРИ КАО ОДУСТАНИЦИ

3.1. Обезбеђење предуговора

„За обезбеђење предуговора могу се употребити редовна средства обезбеђења, лична и стварна.“[65] Та би се идеја, ако се посматра начелно и сама за себе, можда и могла бранити, али када се стави у контекст правила о обезбеђењу потраживања, не делује сасвим реалистично.

62 Вид. Решење Апелационог суда у Београду Гж 5159/2012 од 25. марта 2014, *Paragraf Lex*.

63 Вид. Пресуда Врховног суда Србије Рев. 3026/05 од 8. фебруара 2006, *Propis Soft*; исто Пресуда Врховног суда Србије Рев. 4348/97 од 8. октобра 1997, *http://ingpro.propisi.net*, 27. април 2018. Упор. „.. предуговор о купопродаји непокретности не представља подобан правни основ за промену корисника земљишта у катастарском операту“. Пресуда Врховног суда Србије Рев. 3555/00 од 21. марта 2001. Вид. и решење Апелационог суда у Крагујевцу Гж 409/2014 од 29. октобра 2014, *Paragraf Lex*.

64 Вид. тако: „.. предуговор о купопродаји непокретности не представља подобан правни основ за промену корисника земљишта у катастарском операту“. Пресуда Врховног суда Србије Рев. 3555/00 од 21. марта 2001. Вид. и решење Апелационог суда у Крагујевцу Гж 409/2014 од 29. октобра 2014, *Paragraf Lex*.

65 С. Перовић, 235. Исто М. Драшкић, 147, који, примера ради, помиње залогу и јемство.

Обавеза коју ствара предуговор јесте обавеза на чињење (закључење коначног уговора), и то по својој природи лична, може је извршити само дужник (то не би требало мешати са природом обавезе из коначног уговора, која може гласити на давање и бити новчана као што је то купчева обавеза). У теорији права обезбеђења потраживања преовладава став да се обезбеђују потраживања изражена у новцу. Код заложних права то произлази из природе тих права: заложно право „подразумева намирење (обезбеђеног) потраживања из уновчењем добијене вредности заложене ствари“[66], код јемства због тога што се јемац обавезује да ће испунити обавезу дужника, ако овај то не учини[67]; истина, замисливо је обезбеђење секундарне обавезе, обавезе на накнаду штете[68], али имајући у виду захтев да обезбеђена обавеза буде одређена и по висини, то је тешко замисливо.

Као што је наговештено у уводном делу овог текста, у правној пракси се уз предуговор уговора капара или капара као одустаница – о томе сведочи немали број судских одлука о њима објављеним. У домаћој литератури, капара се обично сврстава у средства обезбеђења, и то стварна.[69] Одустаницу, која често иде „у пару“ са капаром[70], тако да чине посебну установу – капара као одустаница, поједини аутори сврставају у лична средства обезбеђења.[71] Анализа судске праксе, али и правила која за капару и предуговор важе, показаће да она, па и када је уговорена као одустаница, код предуговора функционише нешто другачије него иначе, на пример у уговору о купопродаји, где се највише јавља, па и отворити питање оправданости уговарања капаре у том случају, односно алтернативних правних решења. Но, пре тога неопходно је у најкраћем приказати те установе.

---

[66] Вид. Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015, 140 за ручну залогу, 178 за регистровану залогу на покретним стварима, 228 за хипотеку.

[67] ЗОО, чл. 997. О могућности јемчења за обавезе различите садржине вид. детаљније Д. Хибер, М. Живковић, 288–294.

[68] Вид. *ibid*., 288, 294. Упор. Christian Von Bar, Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Based in part on a revised version of the Principles of European Law*, III, Oxford 2009, 2487, 2499. Упор. и Nikola Gavella, *Stvarno pravo*, Zagreb 2007^2, 130 фн 45.

[69] Вид., на пример, Ј. Радишић, 318 и 326; Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 669; Ј. Салма, 437. Упор. Богдан Лоза, *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), I, Нови Сад 1983, 228, који пише да је капара стварноправно средство појачања уговора.

[70] Законодавци баш због тога истичу да капара не даје права која чине одустаницу. Вид. ЗОО, чл. 79, ст. 3; BGB, чл. 336, ст. 2; COS, чл. 158, ст. 1. Супротно, чл. 1590 CC изједначава капару и одустаницу, дајући капари и функцију одустанице. Ипак, доктрина и пракса дозвољавају уговорно раздвајање. Вид. Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Stofffel-Munck, 596–597. Вид. исто у потрошачком праву, за капару која стоји наспрам права да се врати ствар, P. Malinvaud, 94.

[71] Вид. Ј. Радишић, 318; Љ. Милошевић, 110.

3.2. Капара

Капара је стара установа, потиче из римског права: код *emtio venditio* купац је давао капару (*arrha*) да тиме потврди да је контракт настао.[72] Дефинише се као износ новца или количина других замењивих ствари која се даје приликом закључења уговора, као знак да је уговор закључен[73], као средство учвршћења[74] (обезбеђења) уговорне обавезе[75] и као аванс (урачунавање капаре).[76] Ова широко постављена дефиниција обухвата три *функције* капаре које се често истичу.[77]

(а) Чињеница да се капара даје „као знак да је уговор закључен" јесте функција капаре која потиче из римског права (*arrha confirmatoria*), мада се у законима, уџбеницима и коментарима истиче као прво обележје капаре[78], што на први поглед и није тако значајно. Чињеница да је капара дата не значи да је уговор пуноважан.[79] Када би дата капара била неупитан доказ да је уговор закључен, с једне стране, и када се то не би могло доказивати на други начин, могла би се прихватити идеја да је уговор појачан капаром закључен тек давањем капаре; даља консеквенца би била да се „сваки консенсуални уговор склопљен уз капару претвара заправо у реални уговор".[80]

[72] Вид. Мирослав Милошевић, *Римско право,* Београд, 2007, 377. Стара и уређена у савременом праву законом, установа капаре, а то још више важи за одустаницу, није предмет претеране пажње правне доктрине код нас, анализира се углавном у уџбеницима и коментарима закона. Слично је и упоредном праву, укључујући и чињеницу да су и текстови у уџбеницима штури. Упоредно, чини се да је у питању пад интересовања који је последица изобичајавања установе капаре.

[73] Вид. чл. 79, ст. 1 ЗОО. Вид. и чл. 336–338 BGB, чл. 158 COS, чл. 1544–1546 ГЗР, чл. 908 АГЗ.

[74] Вид. за средство учвршћења (појачања) уговорне обавезе V. Gorenc, 475, Б. Лоза, 228.

[75] Вид. за обезбеђење као елемент појма уједно и функцију капаре нпр. Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 669–670; Ј. Радишић, 326; Ј. Салма, 437.

[76] Вид. чл. 79, ст. 2 ЗОО. Вид. Ј. Радишић, 327.

[77] Вид. уместо многих Б. Лоза, 229. Упор. Љ. Милошевић, 110–111; Ј. Салма, 437, који изостављају функцију аванса. О те две функције и Визнер, 364.

[78] Вид. Станковић, 305, за наше право то објашњава чињеницом да је ЗОО уредио капару у делу посвећеном закључењу уговора. Упоредо, у COS је систематизована у оквиру главе о посебним врстама облигација (заједно са солидарним, условом, у BGB у делу о дејствима облигација које настају из уговора, у ГЗР у дејствима уговора). Једина општа одредба о капари у CC (чл. 1590) налази се у оквиру правила о купопродаји.

[79] Вид. тако уместо многих Б. Лоза, 229. По некима, дата капара је само претпоставка да је уговор закључен, да постоји. Вид. Ј. Салма, 437 и тамо цитиране немачке ауторе.

[80] V. Gorenc, 475. Судови резонују супротно. И поред тога што је капара предата, ако уговор за чије је учвршћење дата није пуноважан, у пракси је то најчешће

Теза је погрешна, не закључује се (главни) уговор давањем капаре већ је она доказ да је закључен. Насупрот тој тези може се тврдити и да главни уговор може пуноважно бити закључен и када обећана капара није дата. Давање капаре није начин закључења главног уговора већ само знак да је закључен.[81] Макар да се уређују истим писменом, главни (коначни) уговор и уговор о капари су *два* уговора, у односу главног и акцесорног, где је капара акцесорни.

За саму капару се тврди да се закључује у реалној форми.[82] Капара неће производити дејства која обележавају тај институт док не буде дата, али је код ње више него код других реалних уговора видљив претходни споразум. Најпре, како се тумачи, капара као таква мора бити именована: давање износа новца или ствари значиће капару, ако другачије није уговорено.[83] Ово претходно уговарање, како се спомиње, дозвољава и хипотезу која негира реалну форму капаре: могла би се схватити и као консензуалан уговор, а да је предаја (потестативни) одложни услов. Иначе, мада ЗОО говори о предаји капаре у тренутку закључења главног уговора, доктрина дозвољава да то буде и након тога.[84]

због недостатка форме, због акцесорности, ни споразум о капари нема дејства. Вид. нпр. Решење Врховног суда Србије, Рев. 3990/2001, *Intermex*, *www.sudskapraksa.com*, 27. април 2018; исто Пресуда Врховног суда Србије Рев. 3422/03, *Intermex*, *www. sudska praksa.com*, 27. април 2018. Суд се изричито позива на акцесорност капаре и налаже повраћај примљеног на основу правила о стицању без основа. У једној одлуци (Пресуда Врховног суда Србије Рев.1986/97, *Избор судске праксе* 1/2003) закључује: „Ако је капара знак за закључење уговора који се закључује у писменој форми онда и споразум о капари мора имати такву форму.“

[81] У швајцарском праву се износи да дата капара ствара само претпоставку о томе, а не сматра се, како то произлази из језичког тумачења чл. 158, ст. 1 COS. За такво тумачење се каже да је *in favorem contractus*. Вид. M. Mooser, 861.

[82] Тако, поред других, В. Станковић, 306 (који сматра да је капара једини преостали реалан уговор у нашем праву); Б. Лоза, 228; Б. Визнер, 365. С. Перовић, 359, у чињеници да се сматра да је уговор закључен када је капара дата види да се „у извесној мери, сходно природи капаре, усваја становиште о закључењу уговора путем предаје ствари“. Ј. Радишић, 326, релативизујући став о реалној форми, каже да се споразум о капари може закључити у облику једне клаузуле у главном уговору или у облику засебног уговора, али у сваком случају „мора бити реалан“. Став да код капаре ствар мора бити предата препознаје се у чл. 1544 ГЗР, па и чл. 336 BGB. У швајцарском праву сматра се да уговор о капари мора бити закључен у истој форми као и главни уговор. Вид. M. Mooser, 861. У чл. 1590 CC говори се о обећању на продају које је дато уз капару, па ће капара бити у форми тог обећања.

[83] Вид. ЗОО, чл. 79, ст. 1. Вид. у овом смислу изричито Б. Визнер, 364 (аутор пише да разлог давања мора бити изричито уговорен, што је формулација која ствара додатну конфузију). Слично и В. Станковић, 306. Вид. и Одлуку Врховног суда Србије Рев. 2654/97 од 3. фебруара 1997, *www.sudska praksa.com*, *Intermex*, 27. април 2018.

[84] В. Станковић.

(б) Правила о судбини капаре за случај неизвршења уговора[85], такође традиционална, разлог су да се она често квалификује као средство *обезбеђења* уговора.[86] У основном значењу тог израза, капара није средство обезбеђења, она не омогућује повериоцу да се намири из „одређене ствари или друге одређене вредности из имовинске масе дужника... или из целокупне имовине једног другог лица"[87] већ служи да би се „странке навеле да тачно изврше своју обавезу"[88] па се може означити као средство учвршћења уговора.[89] Када дође до скривљеног неизвршења, друга страна може тражити извршење или задржати капару, односно тражити двоструку ако је она капару дала. Трећа могућност је тражити накнаду штете због неиспуњења, када се капара може урачунати у накнаду.[90]

За основну тему овог написа важно је указати на три правила. Прво, капара се може задржати (или тражити двострука) независно од тога да ли је услед неизвршења претрпљена штета. Друго, капара се може урачунати у накнаду штете, па се заправо тражи само разлика. Али се не могу кумулирати накнада штете и капара.[91] Треће, заинтересована страна може тражити од суда да смањи претерано велику капару. Та три правила једнака су код уговорне казне: код уговорне казне за неиспуњење, она је алтернативна, накнада штете се не може кумулирати са уговорном казном, дужник може захтевати смањење уговорне казне.[92], [93]

---

[85] За случај неиспуњења обавеза из главног уговора крива страна ће остати без дате капаре или вратити двоструку. Вид. ЗОО, чл. 80, ст. 1 и 2. Упор. АГЗ, чл. 908; ГЗР, 1545; СС, чл. 1590, ст. 2 и 3.

[86] Вид. тако В. Станковић, 309; Б. Лоза, 232 (ту функцију аутор ставља у поднаслов текста).

[87] А. Гамс (1997), 209.

[88] *Ibid.*, 208.

[89] Вид. Д. Хибер, М. Живковић, 17–18. Упор. V. Gorenc, 474–475, који говори о капари као средству појачања уговора.

[90] ЗОО, чл. 79, ст. 3, даје у сваком случају право на накнаду штете због задоцњења.

[91] У чл. 80, ст. 1 и 2 говори се о праву да се тражи извршење *или* накнада штете. Вид. за првобитни текст закона и његову критику (описан је као техничка грешка), када је страни која је примила капару дато право да тражи извршење *и* накнаду штете. В. Станковић, 310.

[92] Вид. ЗОО, чл. 273, ст. 1 за немогућност кумулације испуњења и казне, чл. 275 за однос уговорне казне и накнаде штете, чл. 274 за могућност смањења. Вид. Д. Хибер, М. Живковић, нарочито 433, 449 и даље, 455 и даље.

[93] У праву Швајцарске, мада се уочава фундаментална разлика између капаре и уговорне казне, али се констатује да се уговарањем могу приближити. Вид. М. Mooser, 859.

(в) Урачунавање капаре у испуњење, улога аванса или аконтације[94] – то је дејство капаре за случај испуњења.

3.3. Одустаница и капара као одустаница

Одустаницу у нашој литератури такође сврставају у средства обезбеђења потраживања, само лична.[95] Одустаница је споразум (уговор односно клаузула уговора) којом се једна или обе стране овлашћују да одустану од уговора давањем одустанице. Одустати се може до доспелости обавезе или до истека рока у коме је право на одустајање уговорено.[96] По тексту закона одустаје се изјавом о одустајању уз истовремено давање одустанице. Изјава о одустајању је коначна и више се не може тражити испуњење. С друге стране, почетак испуњења доводи до престанка права на одустајање.[97]

Законом о облигационим односима регулише се и хибридна установа, капара као одустаница, тако што се предвиђа да се уз капару може уговорити право на одустајање од уговора уз препуштање дате капаре, односно враћања удвојене ако се правом на одустанак користи страна која је капару примила.[98]

4. ПРЕДУГОВОР ОБЕЗБЕЂЕН КАПАРОМ И ОДУСТАНИЦОМ

Повезивање предуговора и капаре, укључујући и капару као одустаницу (последња ће у даљем тексту бити посматрана као модалитет капаре, а одустаницом ћемо се бавити у мери у којој је део установе капаре као одустанице), како је уобичајено код уговора о промету непокретности у нашој правној пракси, судећи на основу увида у судску праксу, резултира са неколико питања. У даљем тексту ће бити учињен покушај да се одговори на два за која се чини да

94 Ј. Радишић, 326. Вид. ЗОО, чл. 79. ст. 2; право је избора испуниоца да ли ће капару вратити или урачунати. Вид. В. Станковић, 307. Вид. BGB, чл. 337. Вид. COS, чл. 158, ст. 2, по коме урачунавање капаре зависи од месних обичаја. Вид. за разлику између романске и германске Швајцарске M. Mooser, 859, 861.

95 Вид., на пример, Ј. Радишић, 325, Љ. Милошевић, 119: „Одустаница је лично средство обезбеђења извршења уговора...“

96 ЗОО, чл. 82, ст. 1 и 4.

97 ЗОО, чл. 82, ст. 5. Тако Пресуда Вишег трговинског суда Пж.11798/2005, *Судска пракса трговинских судова – Билтен* 2/2006.

98 ЗОО, чл. 83. Такво правило садржи и чл. 158, ст. 3 COS. Слично чл. 1590 CC. У чл. 1545 ГЗР таква установа се назива казнена капара. Слично, у ЗОО је предвиђено и да се уговорна казна уговори као одустаница – ЗОО, чл. 273, ст. 3. Слично COS, чл. 160, ст. 3. Вид. за изричиту забрану уговарања уговорне казне као одустанице ГЗР, чл. 1538, ст. 3.

су најважнија: да ли се предуговор може уопште учврстити капаром и који је простор слободе уговарања код таквог уговарања?

4.1. Може ли се предуговор учврстити капаром

Судови су постављали питање да ли је уз предуговор могуће и дозвољено дати капару. Начелно, не види се разлог за негативан одговор. Предуговор је уговор, он рађа права и обавезе између странака и неиспуњење тих обавеза се може санкционисати применом правила о капари. Као што је већ цитирано, начелно[99], предуговор се може обезбедити било којим средством обезбеђења, па и капаром.[100]

Недоумице, па и конфузија у правној пракси настале су због тога што су странке уз предуговор уговарале и давале капару не зарад испуњења предуговорне обавезе – закључења коначног уговора, већ за обезбеђење обавезе из коначног уговора, код промета непокретности како је дефинисан, исплате цене, односно предаје непокретности и преноса права својине или повезаних обавеза из тог уговора.[101]

Такво уговарање није могуће и судови су имали прилике да се о томе изјасне.[102] Као што је описано, капара је знак да је уговор закључен, може се уговорити и предати у моменту закључења уговора, према неким мишљењима и после тога, али никако пре.[103] Разлог је очигледан: уговор није закључен. И мада се према правилима о обезбеђењу потраживања код свих средстава обезбеђења предвиђа могућност да оно буде уговорено за будуће потраживање[104], овде то није могуће управо због својства, односно функције капаре да буде и *знак* да је уговор закључен. (Ово *mutatis mutandis* важи за капару као одустаницу јер она као правна установа обухвата све елементе појма капаре уз додатну могућност одустајања.) У сваком случају, начело акцесорности, којим се капара изједначава са обезбеђењима

---

[99] С. Перовић, 235.

[100] До таквог става судске праксе долази се путем *argumentum a contrario*. У бројним одлукама судови одбијају пуноважност капаре, позивајући се на неважност предуговора, најчешће због недостатка форме. То значи да је предуговор пуноважан, била би пуноважна и капара којом је обезбеђен. Вид. уместо многих Пресуда Врховног суда Србије Рев. 205/06, *Избор судске праксе* 9/2007.

[101] Вид. тако Пресуду Апелационог суда у Крагујевцу Гж. 7649/10, *Избор судске праксе* 59/2012. Суд пресуђује да постоји обавеза на повраћај капаре зато што „поводом закључења предуговора о купородаји непокретности продавац није испунио уговорну обавезу...“.

[102] Вид., на пример, Пресуду Вишег суда у Панчеву Гж. 1077/11 од 18. октобра 2011.

[103] Вид. Станковић, 306. Упор. V. Gorenc, 475.

[104] Вид. Д. Хибер, М. Живковић, 87 и даље (за залогу за будуће потраживање); ЗОО, чл. 1001, ст. 2 и 3.

потраживања, повезује је са *одређеном* обавезом, чији је основ такође одређен[105]; обавеза из предуговора и обавеза из уговора различите су обавезе.

Капаром је, дакле, могуће обезбедити обавезу да се коначни уговор закључи. За случај да једна страна одбије да то учини, капара ће бити задржана, односно враћена двострука (ако се поверилац не одлучи за захтев за извршење уговора). (У суштини, капара ће овде имати функцију накнаде штете јер страна у чију се корист правила спроводе добија капару уместо накнаде штете и без потребе да штету и њену висину доказује.)

Мада је таква правна конструкција правно могућа и дозвољена, она није сасвим природна.[106] Уговарање капаре за неиспуњење обавезе из предуговора ову лишава бар једне функције: могућности урачунавања испуњења. Једноставно, то је објективно немогуће.

Заправо, уместо закључка може се додати да, када се посматра функционално, правни режим који настаје уговарањем капаре ради обезбеђења предуговорне обавезе у великој мери подсећа на уговорну казну. Сва су правила иста, укључујући и могућност смањења износа и могућност уговарања својства одустанице, изузев једног: уговорна казна се дугује, а капара се добија унапред, добијено постаје својина онога коме је капара дата. То је велика предност за примаоца капаре.

Још једна разлика између капаре и уговорне казне може бити разлог да странке оптирају за прву, пре свега када је о уговору о промету непокретности реч, а не о предуговору. Уговорна казна је по правилу једнострана, дужник се обавезује да је плати повериоцу за случај неиспуњења или закашњења у испуњењу. Теоријски је замисливо да се обе стране у двостранообавезном уговору једна другој обавежу на плаћање уговорне казне, али тада постоје две, одвојене. То, међутим, није могуће код продаје непокретности. Правила о капари подразумевају узајамност.[107] У пракси, капару најчешће даје купац, чија је обавеза новчана. У праву Србије није дозвољена уговорна казна за новчану обавезу[108], па се слична функција остварује капаром.[109]

---

[105] Вид. Д. Хибер, М. Живковић, 328–329 (за јемство).

[106] Вид. тако Мишљење Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије од 3. фебруара 2016. године, Мишљење бр. 9, *http://beleznik.org/index.php/sr/*, 27. април 2018.

[107] Вид. Б. Лоза, 228: „Без обзира да ли је капара дата од стране једног или од оба уговарача, она обезбеђује и једног и другог...“

[108] Вид. ЗОО, чл. 270, ст. 3. Вид. детаљније Д. Хибер, М. Живковић, 425–428.

[109] За предуговор то може бити битно ако се сагласе да истовремено закључујући коначни уговор, странке обавезу из тог уговора могу осигурати капаром, тако да уопште не буде враћена.

Уз све недостатке уговарања капаре уз предуговор, она може имати, у одређеним ситуацијама, предности у односу на друга средства која у сличним ситуацијама и са сличним циљем могу бити уговорена.

4.2. Диспозитивност правила о капари и капари као одустаници

У судској пракси је постављено питање да ли странке уговарајући и дајући капару, посебно уговоравајући је као капару као одустаницу, могу на основу правила о аутономији воље и слободи уговарања уговарати другачије него што су правила којим се те установе уређују законом.

То питање је недавно поново постављено у занимљивом предмету и виђење могућег одговора дао је Стручни савет Јавнобележничке коморе Србије.[110]

Питање заслужује опис правног односа у коме је настало. Странке су закључиле предуговор о продаји непокретности уговоривши капару као одустаницу. При томе су предвиделе да ће продавац, ако купац одустане од уговора, имати право да задржи капару. Супротно, ако продавац одустане од продаје, вратио би капару, али не у двоструком износу већ онолико колико је примио. У тексту предуговора стоји да је капара дата истовремено за извршење предуговора (за одустанак од продаје, односно куповине) и за извршење обавезе из будућег коначног уговора. Да друга могућност представља ништаву одредбу, очигледно је. Предуговор је оверен (солемнизован) од јавног бележника. Продавац је одустао од уговора и вратио истовремено примљену капару. Купац га је тужио захтевајући да суд утврди ништавост одредбе о враћању, односно задржавању капаре, и да обавеже другу страну да исплати остатак до двоструке капаре, иако је другачије уговорено.

Првостепени суд[111] је одбио тужбени захтев, нашавши да су, с обзиром на диспозитивни карактер норми о капари, странке могле да уговоре онако како су уговориле и да је продавац поступио у складу са уговором. Суд је при томе и утврдио да речена одредба представља одредбу о капари (а не одустаници), па је пресудио применом члана 80, ст. 2 ЗОО. Другостепени суд[112] је ту одлуку преиначио нашавши, прво, да су странке уговориле одустаницу, а не капару, тумачећи, између осталог, да уговорна одредба по којој последице неиспуњења

[110] Мишљење Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије од 17. августа 2017, Мишљење бр. 1, *http://beleznik.org/index.php/sr/*, 27. април 2018.

[111] Пресуда Привредног суда у Крагујевцу 3 П 230/16 од 22. априла 2016. (из архиве суда).

[112] Пресуда Привредног апелационог суда 9. Пж 444316 од 16. септембра 2017. (из архиве суда).

наступају ако купац не исплати остатак цене значе његову конклудентну радњу којом изражава вољу да одустане. Суд је даље нашао да су одредбе о капари делом допунско-дипозитивне, делом императивне природе, па је императивна, на пример, одредба чл. 79, ст. 2 ЗОО, према којој се за случај испуњења капара има *или* урачунати *или* вратити. Одредбе о одустаници, па и капари као одустаници су, насупрот томе, императивне природе. Суд сматра да императивност произилази из тога што се „самом нормом не предвиђа њена примена за случајеве када странке нешто друго нису уговориле". Суд, без образложења, сматра да би супротно било противно начелу равноправности странака, начелу савесности и поштења и начелу забране злоупотребе права.

Ти аргументи не стоје. За диспозитивност норме облигационог права није неопходно да закон дозволи другачије уговарање већ би требало, за императивност, да га забрани. Диспозитивност се претпоставља[113], а у конкретном случају изричите забране другачијег уговарања нема нити из формулације чл. 83, ст. 2 ЗОО то произлази. Тврдња да је повређена равноправност странака, без додатних аргумената, сугерише да су купац и продавац у сваком случају неравноправни (односно да је неравноправан купац); нема места ни позивању на начело забране злоупотребе права, није могуће ни замислити које је то право из облигационог односа вршено или могло бити противно циљу, при таквом уговарању. Не види се ни основ позивања на савесност и поштење. Заправо, странке могу уговорити последице неизвршења обавезе, па и оне из предуговора, тако што ће одговорност пооштрити или ограничити или искључити (ЗОО, чл. 264 и 265). Капаром и одустаницом се, између осталог, уговором уређује уговорна одговорност за штету. Њих странке могу уговорити у којој год висини хоће и било ком односу износа обавеза, наравно ако не постоје посебни разлози који ће указати на зеленашки уговор или прекомерно оштећење.

Пошто је закључио да је одредба којом страна која је примила капару као одустаницу ову враћа неудвојено, суд налази да је та одредба ништава. Уместо да испита да ли ће ништавост погодити само ту одредбу или (пред)уговор у целини, суд је уместо ње применио одредбу Закона и наредио исплату двоструке капаре! Нама се чини да није могуће извршити (декларативном судском одлуком) конверзију ништаве уговорне одредбе о капари одустаници оном из Закона, за коју се тврди да је императивна. Странке нису хтеле да свој однос уреде на начин предвиђен чл. 83, ст. 2 ЗОО, изричито су уговориле другачије, па нема услова за примену чл. 116 ЗОО. Такође,

113 „Странке могу свој облигациони однос уредити другачије него што је овим законом одређено, ако из појединих одредбе овог закона или из њеног смисла не произлази нешто друго." ЗОО, чл. 20.

не постоји могућност да се, због ништавости уговореног, по самом закону, одредба чл. 83, ст. 2, која је, како се тврди, императивна, примени као допунско-диспозитивна; она се не може применити, као да странке нису ништа уговориле. Овде се не може уочити аналогија, на пример са чл. 463 ЗОО, према којој ће се дуговати само прописана цена ако је ништаво уговорена виша, или са чл. 1002 Закона, по коме се јемчева обавеза своди на меру дужникове ако је уговорена виша. Законом је изричито предвиђена замена ништаве уговорне одредбе неком другом, а суду није дато право да то уради по свом нахођењу и не позивајући се на основ такве „операције“.[114]

Супротно схватању суда, чини се да су одредбе Закона о капари и капари као одустаници диспозитивне: Закон и сам упућује на то. Једино је питање да ли ће се уговорено и даље сматрати капаром, без обзира на назив који су странке употребиле, ако садржина уговора упућује на друго.

5. ЗАКЉУЧАК

Једном закључен, у строгој форми јавнобележничке солемнизације или записа, уговор о промету непокретности у праву Србије истовремено производи облигационо дејство и представља исправу на основу које се уписује, тиме и преноси својина. Странке могу имати разлог да та дејства раздвоје. То могу учинити изостављањем и доцнијим давањем клаузуле интабуланди, али ће то значити потребу за још једном јавнобележничком исправом, трошкове које то носи и, ако продавац клаузулу ускрати, евентуалну парницу која треба да резултира одлуком суда која треба да је замени, уз описани проблем извршења, када пресуда гласи на давање исправе. Одложни рок или услов неће раздвојити та дејства већ одложити и облигационо.

Вероватно због тога странке често прибегавају закључењу предуговора. Мада је предуговор традиционално регулисан у нашем праву, независно од питања да ли и какву правну заштиту би требало да уживају други слични споразуми, у тексту је прихваћен став да предуговор, с обзиром на то да је захтев за испуњење предуговорне обавезе кондемнаторан, а другачији не може бити, питање важења коначног уговора на основу пресуде треба изместити у извршни поступак, а не, као што се данас прихвата, без основа у закону, да пресуда замењује уговор непосредно.

Анализа капаре и капаре као одустанице, када се уговарају као учвршћење предуговорне обавезе, показала је, прво, да у пракси

[114] Вид. тако цит. Мишљење Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије од 17. августа 2017.

постоји конфузија и да странке настоје да предуговором и капаром осигурају обавезу из главног уговора. У последње време судови су то препознали и такве споразуме ниште. С друге стране, у анализираном случају је показано погрешно схватање суда о правилима о капари и одустаници као императивним. Уговор који им је основ, као и облигациони односи који из њих настају, говоре у прилог слободе уговарања, а примена допунско-диспозитивних правила из закона зависиће од природе случаја.

Мада је капара архаична установа, она може имати простора за примену код предуговора, у поређењу са уговорном казном која би се такође могла уговорити јер даје већу сигурност примаоцу капаре. Он је задржава и ако друга страна постане несолвентна. Кориснија може, међутим, бити код коначног уговора јер, за разлику од уговорне казне, може важити и за новчану обавезу: капару по правилу даје купац.

Најзад, пажњу заслужује и питање форме. Чини се да је паралелизам форми код предуговора претеран и да би се могла прихватити еволуција слична оној у швајцарском праву да је строга форма главног уговора потребна само у функцији заштите страначког интереса. За заштиту јавног или интереса трећег довољна је форма коначног уговора. Најзад, традиционално схватање да је форма уговора о капари реална може се довести у питање, а предају је могуће схватити као одложни услов, а не акт закључења уговора.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Atias, C., *Droit civil – Les biens*, Paris 2014[12].

Благојевић, Б., Круљ, В., *Коментар Закона о облигационим односима*, I, Нови Сад 1983. (Blagojević, B., Krulj, V., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, I, Novi Sad 1983)

Dika, M., *Građansko ovršno pravo*, I, Zagreb 2007.

Douville, T. (dir.), *L'Ordonnance n°2016–131*, 10. 2. 2016. (*portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*), 2016.

Dumitrache, B., „Commentaire introductif au Livre V. Des Obligation. Titres I à X relatifs aux obligations en général", *Nouveau Code civil Roumain: traduction commentee* (red. D. Borcan, M. Ciuruc), Juriscope Dalloz, 2011.

Ђорђевић, Ж., Станковић, В., *Облигационо право*, Београд 1987. (Đorđević, Ž., Stanković, V., *Obligaciono pravo*, Beograd 1987)

Gavella, N., *Stvarno pravo*, Zagreb 2007[2].

Гамс, А., *Увод у грађанско право*, Београд 1979. (Gams, A., *Uvod u građansko pravo*, Beograd 1979)

Гамс, А., *Основи стварног права*, Београд 1971[6]. (Gams, A., *Osnovi stvarnog prava*, Beograd 1971[6])

Ghestin, J., Loiseau, G., Serinet, Y-M., *La formation du contrat*, *Tome I: Le contrat – le consetemnt*, Paris 2013.

Георгијевић, Г., „Предуговор", *Правни живот* 10/2004. (Georgijević, G., „Predugovor", *Pravni život* 10/2004)

Gorenc, V., *Komentar zakona o obveznim odnosima*, I, Zagreb 2014.

Хибер, Д., Живковић, М., *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015. (Hiber, D., Živković, M., *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Beograd 2015)

Караникић Мирић, М., „Уговорена форма уговора о отуђењу непокретности", *Српска политичка мисао* 2/2015. (Karanikić Mirić, M., „Ugovorena forma ugovora o otuđenju nepokretnosti", *Srpska politička misao* 2/2015)

Larroumet, C., Bros, S., *Les obligations. Le contrat*, Paris 2016[8].

Марковић, Л., *Облигационо право*, Београд 1997. (Marković, L., *Obligaciono pravo*, Beograd 1997)

Malaurie, Ph., Aynès, L., Stofffel-Munck, P., *Droit civil, Les Obligations*, Paris 2009[4].

Malinvaud, P., *Droit des obligationes*, Paris 2007.

Милошевић, Љ., *Облигационо право*, Београд 1977. (Milošević, Lj., *Obligaciono pravo*, Beograd 1977)

Милошевић, М., *Римско право*, Београд 2007. (Milošević, M., *Rimsko pravo*, Beograd 2007)

Орлић, М., *Закључење уговора*, Београд 1993. (Orlić, M., *Zaključenje ugovora*, Beograd 1993)

Перовић, С., *Облигационо право*, Београд 1990. (Perović, S., *Obligaciono pravo*, Beograd 1990)

Перовић, С., Стојановић, Д., *Коментар Закона о облигационим односима*, I, Горњи Милановац – Крагујевац 1980. (Perović, S., Stojanović, D., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, I, Gornji Milanovac – Kragujevac 1980)

Радишић, Ј., *Облигационо право*, Београд 2004. (Radišić, J., *Obligaciono pravo*, Beograd 2004)

Reiner, G., „Le processus de formation du contrat dans le projet d'ordonnance de la Chancellerie – quelques commentaires", *La*

réforme du droit des obligations en France, 5èmes journées franco-allemandes (dir. R. Schulze *et al*.), Paris 2015.

Салма, J., *Облигационо право*, Нови Сад 2004. (Salma, J., *Obligaciono pravo*, Novi Sad 2004)

Станковић, О., Водинелић В., *Увод у грађанско право*, Београд 1996. (Stanković, O., Vodinelić V., *Uvod u građansko pravo*, Beograd 1996)

Станковић, О., Орлић, М., *Стварно право*, Београд 1999. (Stanković, O., Orlić, M., *Stvarno pravo*, Beograd 1999)

Stoffel, W., „La promesse de contracter en droit suisse“, *Recueil des travaux présentés aux deuxième journées juridiques yougoslavo – suisse*, Zürich 1986.

Thévenoz, L., Werro F. (eds.), *Commentare romand*, *Code des obligations*, Genève 2006.

Тешић, Н., „О значају форме за промет непокретности – анализа судске праксе пре увођења јавнобележничког записа у српско право“, *Усклађивање пословног права Србије с правом Европске уније* (ур. В. Радовић), Београд 2014. (Tešić, N., „O značaju forme za promet nepokretnosti – analiza sudske prakse pre uvođenja javnobeležničkog zapisa u srpsko pravo“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije s pravom Evropske unije* (ur. V. Radović), Beograd 2014)

Tercier, P. (avec la collabration de K. Devaud), *Le droit des obligations*, Genève – Zurich – Bâle 2009.

Vizner, B., *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978.

Водинелић, В., *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2012. (Vodinelić, V., *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd 2012)

Von Bar, C., Clive, E. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Based in part on a revised version of the Principles of European Law*, III, Oxford 2009.

Dragor Hiber, PhD

Full Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

PRELIMINARY CONTRACT SECURED BY DEPOSIT IN THE CASE OF TRANSFER OF IMMOVABLE PROPERTY IN SERBIAN LAW

Summary

In the legal practice a preliminary contract often precedes the conclusion of the contracts on the transfer of immovable property, but deposit is also frequently stipulated both along with the preliminary contract and the final contract. These two concepts open numerous questions both in theory and in practice.

The author analyses the details the parties have to agree upon if the preliminary contract is to emerge, the form of conclusion and especially the legal consequences of omission to execute the obligation to conclude the main contract. With respect to the latter, his position is that the idea that in such case a judicial judgement can replace the main contract can be accepted only if it is linked to the enforced execution of the decision ordering such conclusion and not as direct effect of the judgement.

Analysing the deposit along the preliminary contract on the transfer of immovable property, open issues were considered, including the permissibility and the usefulness of such contracting. In practice, the deposit is frequently stipulated in the preliminary contract against omission to fulfil the obligation from the final contract rather than from the preliminary contract. This is not allowed by the law and the courts often pass such verdicts. The deposit along the preliminary contract actually does not have all the characteristics (functions) of the "standard" deposit: e. g. it cannot by definition be included into fulfilment of the obligation. In the light of the jurisprudence dilemmas, the author investigated whether the norms on the deposit and dedit are dispositional – namely, whether the parties may stipulate a different design.

The general conclusion is that, in spite of the fact that the preliminary contract is a complex and controversial concept, and although the reasons for the preliminary contracting could be achieved by other means (e. g. deferred condition or time-limit), with respect the tradition, it can remain an institution of contract law, but it is useful to re-examine and specify the rules on certain issues, for example, effects and enforced execution and other consequences. With respect to the deposit, no matter how it seems archaic and globally abandoned institution, in certain cases

it may still be useful, especially because it is given in advance and not owed and especially if the parties are allowed, within the limits established by the legal order, to adjust it to their needs.

Key words: *Transfer of immovable property. – Preliminary contract. – Fulfilment of the preliminary contract obligation. – Deposit. – Securing the preliminary contract obligation by deposit.*

Article history:
Received: 27. 4. 2018.
Accepted: 10. 9. 2018.

УДК 336.146

CERIF: S110, S141

Др Љубиша Дабић*

ПРИЛОГ ЗА УСПОСТАВЉАЊЕ НОВЕ НАУЧНЕ ДИСЦИПЛИНЕ: ПРАВО РЕВИЗИЈЕ ЈАВНОГ СЕКТОРА

У раду се полази од претпоставке да се у савременим условима „право ревизије јавног сектора“ може засновати, успоставити и развијати као посебна научна дисциплина. Истраживање је извршено у функцији креирања те нове научне дисциплине. Изучавање појединих правних института и целокупног система треба да пружи академској и стручној јавности основна објашњења за право ревизије јавног сектора. Циљ рада је да аутор, с једне стране, искаже своје залагање за успостављање права ревизије јавног сектора као посебне научне дисциплине и да, с друге стране, укаже на постојање аргумената за њен посебан предмет, садржину и њено место у правном систему једне државе, као и њеног односа са другим гранама права. Сврха рада се огледа у обогаћивању домаће правне литературе из те области и у охрабривању истраживача правне струке да се чешће, смелије и продубљеније баве појединим правним институтима или на систематски начин правом ревизије јавног сектора.

Кључне речи: *Право ревизије. – Научна дисциплина. – Буџетско право. – Државна ревизија. – Врховна ревизорска институција.*

1. УВОД

У економској доктрини се констатује да је у развијеним земљама у свету, па и у земљама у транзицији, много написано о ревизији уопште, у теоријском и практичном смислу. Истовремено се износи тврдња да је „ревизија јавног сектора или државна ревизија остала (је) у исто време са литературом прилично сиромашна.“[1] У

* Аутор је редовни професор Економског факултета Универзитета у Београду, *ljdabic@ekof.bg.ac.rs.*

[1] Мирко Андрић, *Ревизија јавног сектора*, „Пролетер“ А.Д. Бечеј, Суботица 2012, 9.

тој области у земљама у транзицији направљени су мали помаци, пре свега у размишљању о томе шта је то јавни сектор са свим његовим добрим и лошим странама, о значају финансијских извештаја јавног сектора[2] и о њиховој ревизији.[3] Чињеница је да се економисти у континуитету баве и правним аспектима ревизије јавног сектора. С друге стране, у малом броју радова може се пронаћи правни аспект изучавања ревизије уопште, укључујући и право државне ревизије. Такође, право ревизије јавног сектора у Србији и земљама насталим на просторима бивше Југославије до данас је остало правнотеоријски неутемељено, неистражено и неразвијено, па тиме и неуобличено.

Развој правне науке у области јавних финансија започео је тек после Првог светског рата. Због тога се констатује да су јавне финансије до тада биле предмет изучавања искључиво економских дисциплина, пре свега науке о финансијама. Правна доктрина није била заинтересована да се бави правним аспектима јавних финансија, осим практичара који су доносили и примењивали законе из те области. Како се наводи у литератури, тек у раздобљу између два светска рата, првенствено у немачкој и италијанској доктрини, појављују се уџбеници и системска дела правних теоретичара из области финансијског права, када та правна дисциплина почиње да се издваја у посебну грану права. Са њеним развојем, од средине двадесетих година 20. века, у доктрини преовлађује став да је предмет финансијског права јединствена материја коју његове норме регулишу, али да оно није систем хомогених јавноправних односа већ скуп односа хетерогене природе. Пошто се финансијско право састоји из различитих делова, мали је број теоретичара који се у савременим условима баве целином материје финансијског права. Управо због хетерогености његовог предмета и његове садржине, оно је раздвојено (Немачка, Италија) на две дисциплине (дажбинско/фискално право и буџетско право), а у Француској на три дисциплине (фискално право, буџетско право и право јавног рачуноводства).[4]

Правна регулатива јавних финансија успостављена је историјски због насталог политичког спора између законодавне и извршне власти. Прогресивним регулисањем јавних финансија та област се може сагледати не само са економског већ и са правног становишта. Последице тог спора су успостављена правила на различитим нивоима, која представљају део јавних финансија. Пошто је та област

[2] Вид. Даница Јовић, *Финансијско извештавање и вредновање перформанси ентитета јавног сектора*, докторска дисертација, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд 2016.

[3] М. Андрић, 9.

[4] Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 15–18.

добила значај у модерним државама, допринос теорије и праксе мора бити већи. Док су у појединим областима јавне финансије уско дефинисане, у другим су дефинисане шире јер се везују за „специфичне друштвене односе повезане са стварањем и коришћењем јавних фондова“. У том ширем контексту, у истраживању односа између јавних финансија и финансијског права, јавне финансије се јављају као предмет финансијских односа. Ако се истражује однос између јавних финансија и финансијског права, онда се питање може посматрати из два различита угла. Кад се јавне финансије посматрају само као предмет финансијских односа, оне тада превазилазе финансијско право (јавне финансије *sensu largo*). Међутим, посматрано из другог угла, јавне финансије је могуће разматрати и као посебан правни подсектор (иако тај став није шире прихваћен). У том случају јавне финансије представљају посебан део финансијског права, са посебним предметом правне регулативе (јавне финансије *sensu stricto*).[5]

Генерално, финансијско право је повезано са већим бројем грана права, и то с уставним, управним и грађанским правом, али и са кривичним правом.[6]

Развој науке финансијског права узроковао је његову поделу на две дисциплине. У контексту савременог развоја буџетског права, његова контролно-политичка функција извршења буџета – државна ревизија и врховна ревизорска институција (ВРИ), добија све већи значај, а својим предметом и садржином се постепено издваја од предмета буџетског права, са тежњом да се издвоји у посебну правну дисциплину. Одатле право ревизије јавног сектора настаје, формира се и развија из буџетског права. То је хипотеза од које аутор полази у свом раду и коју ће доказивати у анализи која следи.

2. ПРАВО РЕВИЗИЈЕ ЈАВНОГ СЕКТОРА КАО ГРАНА ПРАВА И НАУЧНА ДИСЦИПЛИНА

У теорији индиректно постоје различити називи те нове научне дисциплине, језгровитији и екстензивнији, са основним захтевом

[5] Michal Koziet, „Public Financies as Integral Part of Financial Law“, *System of Financial Law: General part* (ed. Petr Mrkývka), Masaryk University, Brno 2015, 96–97. Иако интерпретирани чешки аутор још у наслову свог рада одређује јавне финансије као део финансијског права („Јавне финансије као интегрални део финансијског права“), он у његовој садржини указује на то да постоје два поимања јавних финансија. Основни циљ истраживања у предметном раду јесте да потврди или оспори хипотезу да су јавне финансије саставни део финансијског права.

[6] „Јавне финансије су повезане и са многим другим гранама права (правним дисциплинама).“ Божидар Раичевић, *Јавне финансије*, ЦИД Економски факултет у Београду, Београд 2008, 10.

да изразе њено биће. У економској литератури преовлађује назив „ревизија јавног сектора“[7], али се појављују и други, на пример „(врховна) државна ревизија јавних средстава“[8] или „државна ревизија“.[9] Са становишта права, адекватан би био назив „право ревизије јавног сектора“ или „право државне ревизије“.

У научном смислу, право ревизије јавног сектора можемо да поимамо као грану права и као научну дисциплину. Као грана права, оно представља скуп општих правних норми којима се уређују правни односи у области ревизије јавног сектора, то јест јавноправни односи између ВРИ и субјеката ревизије у поступку вршења државне ревизије. Као позитивно право, оно представља скуп општих правних норми једне државе којим се регулишу јавноправни односи у области државне ревизије.

Право ревизије јавног сектора обухвата скуп општих правних норми из чије примене произлази успостављање јавноправног односа са одређеним својствима између законом одређених субјеката, то јест између ВРИ и субјеката ревизије. Опште правне норме се конкретизују помоћу појединачних правних аката, у којима су садржане појединачне правне норме, које изазивају непосредне правне последице у правима и дужностима конкретног субјекта ревизије, и то на подручју посебне државне делатности – државне ревизије.

Посебност извора права ревизије јавног сектора огледа се у томе што се само један део његових правних правила налази заокружен у закону којим се та материја непосредно регулише. Други део чине подзаконски акти који представљају унутрашњу регулативу ВРИ. Њихов трећи део се огледа у аутономној регулативи међународних и националних[10] професионалних удружења ВРИ. Четврти део, који је по свом обиму значајан, налази се у правним нормама које задиру у различите области права (јавног, материјалног, процесног, унутрашњег, међународног) и гране права (уставног, финансијског, пореског, буџетског и др.). Посебно право настаје из потребе да се посебним правним нормама и правилима, као и

---

7 Вид. М. Андрић, 2012; Љубиша Станојевић, Зденка Видовић, *Ревизија јавног сектора*, Пословни биро, Београд 2014.

8 Вид. Вера Леко (ур.), *Врховна државна ревизија јавних средстава*, Београд 2008; Вера Леко, Даница Леко, *Методологија државне ревизије јавних средстава*, Економски институт, Београд 2008.

9 Вид. Šima Krasić, Lajoš Žager (red.), *Državna revizija*, Masmedia d.o.o., Zagreb 2009.

10 У појединим земљама су формирана посебна професионална удружења за јавни сектор. Прву такву струковну организацију образовала је Велика Британија, али постоје и у другим земљама. Богољуб Виторовић, „Ревизија јавних расхода у светској теорији и пракси и потреба за њеним увођењем у СР Југославији“, *Рачуноводство* 7–8/1998, 50.

посебним правним институтима реализује у пракси државна ревизија. О издвајању права ревизије јавног сектора из буџетског права биће речи у одељку 2.

Право ревизије јавног сектора је, као научна дисциплина, правна и нормативна наука.[11] Њено полазиште чине опште правне норме права ревизије јавног сектора као гране права. Није везана позитивним правом и не треба да буде искључиво у функцији примене тог права. Напротив, њен предмет изучавања се не би ограничавао само на догматику (какво је постојеће право и како га треба примењивати) већ би се занимала и за његов развој и трагала за одговором на питање какво би то право требало да буде. Бавила би се научним истраживањем државне ревизије, поступка у коме се врши и статусом ВРИ. На основама методолошко-научног истраживања, та дисциплина треба да објасни: правну оправданост, настанак, постојање и престанак правних односа који се успостављају у области државне ревизије, основе и начине вршења државне ревизије, субјекте државне ревизије, да на тој основи извуче закључке и да понуди предлоге за развој ревизије. Такође, треба да објасни правни положај, место, улогу и значај ВРИ у поступку вршења ревизије јавног сектора.

Предмет и садржина науке о праву ревизије јавног сектора су комплексни и мултидисциплинарни. Та наука у себи прожима правне и економске елементе и захтева сарадњу стручњака из области права, економије и социологије. У теоријском смислу, она има задатак да на систематско-теоријски начин проникне и утврди сталне везе између узрока и последица, односе између два или више правно-економских и финансијских феномена и њихову везу према њиховој стварној повезаности. Она би поменуте правне институте изучавала на објективан начин.

3. ПРЕДМЕТ И САДРЖИНА ПРАВА РЕВИЗИЈЕ ЈАВНОГ СЕКТОРА

Елементи међусобног раздвајања појединих грана права, али и њиховог повезивања, налазе се у њиховом предмету. Издвајањем контролно-политичке функције над извршењем буџета у посебан предмет нове научне дисциплине довело би до дезинтеграције јединственог предмета и садржине буџетског права – израда и доношење, извршење и контрола извршења. На тај начин, у оквиру предмета буџетског права би се задржао „укупан живот једне државе и укупна политика владе“, док би се само „укупна политика

[11] Нормативна наука почива на нормативним правилима која казују шта треба и како треба нешто радити. Правне науке су нормативне зато што се, између осталог, баве нормама мишљења.

парламента“[12] издвојила у посебан предмет нове научне дисциплине. Та контрола се манифестује као својеврсна допуна буџету и гаранција за добре јавне финансије. Реч је о посебној институционалној контроли извршења буџета, која почива на четири елемента: субјект који врши контролу – ВРИ; субјект који је подвргнут контроли –субјекти државне ревизије; предмет контроле – ревизија финансијских извештаја, ревизија правилности и ревизија сврсисходности; законом одређене надлежности контролора – ВРИ, ради заштите правилности и законитости у управљању јавноправним средствима.

Предмети права ревизије јавног сектора, који би га одвајали од предмета других грана права и чинили самосталним, огледали би се у два основна правна института: државна ревизија, њена својства, врсте и начин (поступак) њеног вршења и ВРИ, њен статус, унутрашња организација, послови и задаци, органи, државни ревизори и др. Сва друга питања, која улазе у његов предмет, практично би произлазила из основних института. Протеком времена су изграђивана посебна правна правила за државну ревизију, ВРИ и поступак у којем се врши ревизија. У савременим условима они су специјализовани у оквиру буџетског права, са тенденцијом постепеног издвајања у посебну научну дисциплину. Тим процесима нарочито је допринела међународна организација ВРИ (*International Organization of Supreme Audit Institutions* – INTOSAI).[13]

Наспрам законске (екстерне, комерцијалне) ревизије као слободне (уређене) професије[14] стоји државна ревизија као функција, али и као професија.[15] Државна ревизија се разликује од законске

[12] Милан Тодоровић, „Предговор“, *Наука о финансијама, II Буџет*, Издавачка књижница Геце Кона, Београд 1933, III.

[13] Основана је на Првом конгресу у Хавани, 1953. године. Реч је о професионалној организацији ВРИ земаља које припадају Уједињеним нацијама или њеним специјализованим агенцијама. У погледу њене правне природе, она је струковна (професионална), независна, невладина, аутономна и неполитичка организација са својством правног лица. Оснивана је са циљем развоја ВРИ на националном плану, хармонизације поступака вршења државне ревизије и транспарентности њихових извештаја. Дала је немерљив допринос развоју државне ревизије и успостављању независности код ВРИ. Вид. *http://www.intosai.org/news.html*, 16. новембар 2017.

[14] Вид. Драгана Кнежић Поповић, Љубиша Дабић, *Слободне професије – правни аспекти*, Институт за упоредно право, Београд 2009.

[15] ВРИ има одређене карактеристике које јој дају својства регулаторног тела. Та својства се огледају, првенствено, у њеној независности, самосталности и одговорности, али и у другим елементима, и то: њеној стручности и професионалности, јер обавља државну ревизију као професионалну делатност, са елементима слободне професије; посебном положају државних и овлашћених државних ревизора; правилима струке на којима заснива вршење државне ревизије; етичком кодексу за државне ревизоре; професионалном удруживању; аутономној регулативи и у др.

по својој правној природи.[16] Она се разликује од законске ревизије и у статусу лица која врше ревизију, врстама њихових професионалних звања, условима за стицање професионалних звања, начину организовања професионалних лица, средствима којима послују, начину остваривања зарада, радноправном статусу, циљној функцији у вршењу ревизије, надзора и контроле над пословањем правноорганизационих облика за вршење ревизије и др. Државну ревизију врши ВРИ, као највиши орган државне ревизије, независна и самостална организација која је по правилу основана посебним законом, која је под надзором парламента, коме једино и одговора. Институција врши ревизију буџетских средстава у једној земљи над субјектима ревизије. Обавља је као државну, јавну и професионалну функцију, у општем интересу.[17] Да би могла да оствари своју мисију, пожељно је да та институција: има статус независног, самосталног и врховног органа државне ревизије; да је успостављена на основу устава и/или закона; да је под надзором парламентарне власти, којој и одговара за свој рад; да има професионалне и стручне кадрове који су са њом у радном односу; да примењује међународне стандарде ревизије за јавни сектор, етички кодекс за ревизоре у јавном сектору и др. Како се наводи у литератури, за постизање постављених циљева од ВРИ се захтева да одржи деликатну равнотежу. С једне стране, ВРИ мора бити независна од других институција власти јер је та независност, заједно са компетенцијом и интегритетом свог особља, основни темељ кредибилитета ВРИ, а тиме и њеног утицаја. С друге стране, ВРИ не сме бити толико удаљена од институција државе да је оне лако могу игнорисати са овлашћењима да спроведу закључке и препоруке. У већини демократија та равнотежа је нарочито осетљива у односима ВРИ са парламентом и представља важан начин за имплементацију препорука ВРИ. Тако, ВРИ у конкретним земљама постижу и одржавају ту потенцијално несигурну равнотежу на

[16] Израз „законска ревизија" заступљен је на нивоу Европске уније (*Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC and repealing Council Directive 84/253/EEC, OJ L 157, 9.6.2006, 87–107*). Сагласно хармонизацији прописа ЕУ, законодавац Србије је 2013. у Закону о ревизији (*Сл. гласник РС*, бр. 62/2013) први пут употребио израз „законска ревизија" уместо „ревизија финансијских извештаја".

[17] „...Државна ревизија је нужни облик контроле, јер се у принципу управљање јавним средствима заснива на поверењу. Ревизија није сама себи циљ, већ представља део регуларног система који има за циљ да открива одступања од прихваћених стандарда и кршења принципа легалности, ефикасности, ефективности и економичности у финансијском управљању јавним средствима." Вера Леко, Гордана Илић Попов, Милан Дабовић (ред.), *Буџетски поступак и контрола буџета: последипломске специјалистичке студије*, II, Правни факултет Универзитета у Београду – Влада Републике Србије – Министарство финансија и економије, Београд 2003, 187.

различите начине. На пример, ВРИ Аустралије и САД функционишу у врло различитим владиним окружењима и њихове везе са њиховим законодавним телима су временом попримале различите облике. Ипак, свака је успоставила и одржавала канале комуникације који су кључни за ефикасност и независност која је есенцијална основа за кредибилитет.[18]

Прва претпоставка за посебан предмет права ревизије јавног сектора је постојање државне ревизије. Она је јавна, екстерна, накнадна и професионална (стручна). ВРИ је врши у складу са посебним законом, правилима струке и етичким кодексом. Њени циљеви су вишеструки, у основи су подједнако важни, а огледају у: законитости, регуларности, економичности, ефикасности и ефективности управљања јавним финансијама и јавном својином у једној држави. Међутим, због особености правних система, свака ВРИ треба да одреди своје приоритете. Друга претпоставка је постојање два основна субјекта у поступку вршења ревизије: ВРИ и субјект ревизије. ВРИ је субјект који врши државну ревизију, као законско право и дужност. Игра важну улогу у систему одговорности између парламената и владе, а споља и грађана и корисника јавних услуга. Врховне ревизорске институције пружају независне и објективне извештаје и информације о: поузданости владиних финансијских извештаја, коришћењу средстава, заштити имовине и ресурса који су им поверени и усаглашености са прописима који омогућавају парламентима (и другим заинтересованим странама) да позивају владу на одговорност. Основни разлог постојања ВРИ је да обезбеде гарантије и поуздане информације заинтересованим странама у интересу јавности.[19] С друге стране, субјект над чијим се финансијским извештајима и пословањем врши државна ревизија назива се субјект ревизије или ревидирани субјект. Трећи претпоставка тиче се поступка у којем ВРИ врши ревизију над субјектима ревизије. Реч је о посебној врсти управног поступка, који се суштински разликује од поступка у коме друштва за ревизију врше законску ревизију. Он је сложен, вишефазан, трајније природе и заснива се на начелу јавности. Покреће га *ex officio* и спроводи ВРИ. У односима између ВРИ и субјекта ревизије изразит је доминантан положај ове институције у својству организатора поступка за све време његовог трајања. Из наведених чињеница произлази да је поступак обављања ревизије управноправне природе. Четврта претпоставка се огледа у стручним и професионалним лицима са одређеним звањима која врше послове државне ревизије у својству јавних функционера и/или државних службеника.

---

[18] OECD, „Relations Between Supreme Audit Institutions and Parliamentary Committees“, *SIGMA Papers* 33/2002, 78.

[19] OECD, „Developing effective working relationships between supreme audit institutions and parliaments“, *SIGMA Papers* 54/2018, 8.

Садржина права ревизије јавног сектора може се систематизовати у две велике целине, тј. два дела. У првом делу акценат је стављен на ВРИ и питања која су повезана са овом институцијом, а у другом делу на ширем правном институту – државна ревизија, као и на ужим правним институтима повезаним са државном ревизијом. Део први би обухватио следећа питања: јавни сектор; историјски развој ВРИ; извори права за државну ревизију и ВРИ; ВРИ као регулаторно тело; модели организовања ВРИ у упоредном праву; правни положај ВРИ у упоредном праву; независност и самосталност ВРИ; управљање и органи ВРИ; радноправни положај чланова органа и других запослених у ВРИ; професионално удруживање ВРИ и др. Део други би обухватио следећа питања: државна ревизија; врсте државне ревизије; разграничење државне ревизије од других врста ревизије; субјекти државне ревизије; поступак вршења државне ревизије; правни положај државних ревизора и њихова звања; стандарди државне ревизије; етички кодекс за ревизоре у јавном сектору и др.

4. МЕСТО ПРАВА РЕВИЗИЈЕ ЈАВНОГ СЕКТОРА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ И ЊЕГОВ ОДНОС СА ДРУГИМ ГРАНАМА ПРАВА

Место права ревизије јавног сектора у правном систему једне државе одређено је, првенствено, његовим предметом, садржином, природом и својствима, а затим и његовим односом са другим гранама права тог истог система. Део је националног правног система и условљено је системом конкретне државе. Та условљеност и веза су политичке, економске, финансијске и правнотехничке природе.

У контексту поделе области права на јавно и приватно, право ревизије јавног сектора улази у област јавног права, а елементи јавног права се огледају и у карактеристикама које ћемо навести. Прво, норме којима се регулишу државна ревизија и ВРИ су јавноправне природе. Друго, норме којима се регулише положај ВРИ доминантно су императивне природе. Треће, норме којима се регулишу ВРИ и државна ревизија су по својој природи и алтернативно-дисјунктивне јер тој институцији остављају могућност правно омеђене слободе бирања оптималног пута при задовољавању ангажованог јавног интереса.[20] Реч је о постојању одређеног степена дискреционог овлашћења ВРИ у поступку вршења државне ревизије. Четврто, у крајњем случају, ВРИ има јачу правну позицију од субјеката ревизије.

---

[20] Зоран Томић, *Опште управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 90.

У контексту области материјалног и процесног права, у праву ревизије јавног сектора садржане су норме материјалног и процесног права. А у контексту поделе на области унутрашњег и међународног права, треба констатовати да се то право класификује у област унутрашњег, али да има и своју међународну димензију.

Као део националног правног система једне земље, право ревизије јавног сектора повезано је са другим гранама права у том систему. Тако, у појединим државама ВРИ и државна ревизија су уставне категорије, а право ревизије јавног сектора полази од норми *уставног права*, поштује их и разрађује. Док је уставно право основна грана унутрашњег јавног права, право ревизије јавног сектора је подређена, конкретнија и значајно ужа правна дисциплина. Право ревизије јавног сектора начелно црпи свој предмет и садржину из одговарајућег дела уставног права. Преко уставног права, право ревизије јавног сектора поприма шири ослонац и значај јер се помоћу његових норми на нивоу државе остварују конкретни интереси и потребе целокупног друштва, али и њених грађана.

Однос између *финансијског права* и права ревизије јавног сектора огледа се у остваривању надлежности ВРИ у поступку контроле, тј. вршења ревизије јавних прихода и расхода. Право ревизије јавног сектора неспорно је повезано, али и условљено финансијским правом.

Буџетско право је део финансијског права, због чега је и произашло и развило се из тог права. Буџетски систем једне државе има више функција: финансијску, политичку, економску, правну и контролну. Последња поменута, контролна, огледа се у парламентарној контроли власти над извршном влашћу у извршењу буџета. С обзиром на то да је буџет својеврстан политички програм владе, парламент путем буџета може да оствари контролу рада државне управе. „У оквиру свог надзора и надгледања, парламент испитује спровођење државног буџета, и формално (као у случају поступка разрешења) или неформално (имплицитно) даје политичко мишљење о начину на који је влада извршила буџет. ВРИ доприноси овој улози парламента путем достављања резултата својих ревизија“.[21] Парламентарна власт реализује и политичку буџетску функцију јер на основу устава и закона стиче непосредну контролу над делатношћу извршилаца буџета. Управо је развој политичке функције буџета створио претпоставке за успостављање, формирање и развој права ревизије јавног сектора. Та врста контроле „доприноси унапређењу стандарда управљања, бољем управљању и доношењу одлука, као и ефикаснијем коришћењу јавног новца“.[22] На примеру Чешке, у доктрини постоји

[21] OECD (2002), 11.

[22] OECD (2017), 9.

доминантно мишљење да је „финансијска контрола" саставни део финансијског права, посебне подгране права – буџетског права. Исти аутор констатује да је отворено питање: да ли је финансијска контрола део буџетског права са значајним преклапањем или је реч о одвојеној подграни фискалног финансијског права?[23] Према нашем мишљењу, предмет права ревизије јавног сектора произлази из буџетског права. Оно по свом предмету представља ужу правну дисциплину у односу на буџетско право, а кад је реч о његовом значају, оно је не мање значајно од буџетског права.

Из финансијског права издвојило се *пореско право*. Оно се бави комплексом правних норми којима се регулишу односи између политичког тела као повериоца и пореског обвезника као дужника[24], односно оно је онај део објективног права којим се уређују фискални (дажбински) јавни приходи, тј. порези у најширем значењу речи.[25] Пореско право је грана права која представља део јавног права јер се у њему когентним нормама уређују правни односи између државе и других јавноправних тела (нпр. организација за обавезно социјално осигурање), с једне стране, и пореских дужника – физичких и правних лица, с друге стране.[26] Право ревизије јавног сектора и пореско право су две правне дисциплине, које су међусобно повезане, узрокују једна другу и међусобно се прожимају. Док се пореско право „брине" о прикупљању јавних прихода на нивоу једне државе ради финансирања јавних потреба, правом ревизије јавног сектора уређује се положај јавне институције која врши контролу, тј. државну ревизију над прикупљањем и наменским трошењем јавних прихода.

Постоји повезаност између *управног права* и права ревизије јавног сектора. У контексту државне власти, ВРИ се уставом и законом квалификује као независан и највиши (државни) орган ревизије. Због тога, у најширем смислу, ВРИ има додирних тачака са организацијом јавне управе само у функционалном смислу јер организационо представља независан и самосталан субјект јавне власти. Тај државни орган је са доминантним својствима посебног државног органа, а са незнатним својствима управног државног органа. Међутим, у ширем смислу, ВРИ се може довести у везу са недржавном управом, због њених одређених својстава, али не по основу територијалне већ по основу функционалне децентрализације.

---

[23] Jana Kranecová, „System of financial management and control", *System of Financial Law: General part* (ed. Petr Mrkývka), Masaryk University, Brno 2015, 127–128.

[24] Јован Ловчевић, *Институције јавних финансија*, Службени лист СРЈ, Београд 1993, 21.

[25] Д. Поповић, 18.

[26] Дејан Поповић, Гордана Илић Попов, „Однос пореског права и приватног права", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2016, 12.

Право ревизије јавног сектора има заједничких елемената са *радним правом* јер се класификује у област јавног права. У правној теорији је постављено питање да ли се „службенички однос" сматра предметом радног или управног права. Независно од експлицитног одговора на то питање, према схватању аутора управноправне теорије, правне норме које регулишу положај запослених у органима државне управе издвајају се од ортодоксних радноправних норми, и по законском тексту у којем се налазе, и по њиховој садржини.[27] Према мишљењу аутора радноправне теорије, општеприхваћено схватање полази од тога да је радно право јединствена грана правног система која обухвата све појавне облике радних односа[28], односно да је за службенички однос „преовлађујући став" да је у питању радни однос, чије је заснивање претпоставка за успостављање управноправног односа.[29] Управо у преовлађујућем теоријском ставу проналазимо додирне тачке између права ревизије јавног сектора и радног права. У упоредном праву, посебним законима којима се регулише ВРИ, одређеним запосленим у тој институцији признаје се положај функционера, а другим статус државних службеника и намештеника.

Полазећи од критеријума поделе на области унутрашњег и *међународног права*, треба констатовати да се право ревизије јавног сектора класификује доминантно у област унутрашњег, али да у себи прожима и елементе међународног права. По томе се те две гране права разликују. Може ли се говорити о „међународном праву државне ревизије"? У контексту одговора на то питање, размотрићемо незнатно посебне гране међународног права. Полазећи од критеријума предмета и области регулисања, у међународном праву су временом почеле да се издвајају посебне дисциплине, као што су међународно административно, саобраћајно, привредно, кривично право и др. У том контексту можемо да тражимо одређене елементе повезаности права ревизије јавног сектора са међународним јавним правом, ближе са посебном дисциплином – међународно право државне ревизије. Условно, можемо да говоримо о „међународном праву државне ревизије" јер постоје међународне и регионалне организације ВРИ, као невладине организације. Такође, те међународне организације доносе међународне стандарде државне ревизије и етичке кодексе. У питању је тзв. меко право (*soft law*). Ти правни институти уједно представљају основни предмет те посебне дисциплине међународног права. Подела на опште (универзално) и регионално право, у контексту међународног јавног права, од значаја је и за тзв. међународно

[27] З. Томић, 99.

[28] Предраг Јовановић, *Радно право*, Центар за издавачку делатност – Футура, Петроварадин – Нови Сад 2015, 60.

[29] Бранко Лубарда, *Увод у радно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 92.

право државне ревизије, с једне стране, са становишта професионалног удруживања и повезивања националних ВРИ, а с друге, због стварања универзалних и регионалних међународних стандарда државне ревизије и правила етичких кодекса. Осим једне, универзалне, Међународне организације врховних ревизорских институција, постоје и регионалне организације у тој области, на пример, Европска организација врховних ревизорских институција (*European Organization of Supreme Audit Institutions* – EUROSAI).

Право ревизије јавног сектора има одређених додирних тачака са *кривичним* материјалним и кривичним процесним правом, али и са *прекршајним* материјалним и процесним правом. Њихов однос је одређен пре свега врстом и природом деликата које те гране права предвиђају.[30] У питању су кривична дела и прекршаји. Реч је о сродним деликтима који имају одређена заједничка обележја, али и значајне међусобне разлике. Те врсте деликата уједно представљају и предмете њиховог изучавања. Право ревизије јавног сектора једне земље повезано је у већој или мањој мери са кривичним и прекршајним правом. На пример, законима којима се уређује правни положај ВРИ у Србији и земљама у региону уређују се законски услови за прекршајну одговорност одговорних лица у субјекту ревизије и новчане казне за учињене прекршаје. Такође, у појединим законима се изричито успоставља дужност за ВРИ да без одлагања поднесе захтев за покретање прекршајног поступка, односно да поднесе кривичну пријаву надлежном органу уколико у поступку државне ревизије открије материјално значајне радње које указују на постојање елемената прекршаја, односно кривичног дела. На крају, у појединим правним системима ВРИ има одређена административна, судска и (или) кривичноправна овлашћења. То је случај када је ВРИ организована као „ревизорски суд", са надлежношћу да санкционише одговорна лица у ентитетима јавног сектора који су били предмет државне ревизије. Веза између права ревизије јавног сектора са кривичним и прекршајним правом је посредна, али изузетно значајна. Установљена је дужност ВРИ да обелодане и процесуирају сваки облик постојања кривичног дела или прекршаја који утврде у поступку спровођења државне ревизије.

5. УТЕМЕЉЕЊЕ ЗА УСПОСТАВЉАЊЕ ПОСЕБНЕ НАУЧНЕ ДИСЦИПЛИНЕ И ЊЕН ЗНАЧАЈ

Развој буџетског права је у непосредној вези са развојем државе и друштва. Опет, успостављање и развој права ревизије јавног

[30] Зоран Стојановић, *Кривично право (општи део)*, Правна књига, Београд 2016, 9.

сектора су у непосредној вези са развојем буџетског права, још конкретније, са развојем политичке функције извршења буџета. Законодавној власти која одобрава буџет припада и право да контролише извршење буџета – тзв. буџетско право парламента. То право је прво настало у Енглеској, пренето је у Француску, а затим и у друге државе Европе. Та посебна врста контроле има претежно политички значај, а позната је и под називом законодавна, односно парламентарна контрола извршења буџета.

Контрола извршења буџета има посебан значај, а зависно од критеријума од кога се пође (према методу, времену, субјектима и органима који врше контролу), постоје различите врсте контроле (документарна и теренска; претходна и накнадна; контрола над наредбодавцима и над рачунополагачима; управна, административна и политичка). Да би та контрола била ефикасна, „потребно је да буде вишеструка, и да се врши у разним моментима буџетског циклуса, како би били обухваћени и сви органи ангажовани у извршењу буџета и све фазе кроз које финансијска средства пролазе“.[31] Она власт која је донела буџет овлашћена је и да контролише његово извршење, због чега она има велики политички значај.[32] Обим и значај парламентарне контроле није у свим земљама исти. Односи између ВРИ и парламената се веома разликују у земљама широм света. Врховна ревизорска институција може да буде део законодавне власти или извршне власти[33] или независна од обе. Широке варијације које постоје међу државама одражавају различите историјске, културне, политичке или друге факторе или утицаје. Практично, све ВРИ, независно од организационе структуре и формалног места у државној власти, препознају важност обезбеђења њихове независности, истовремено омогућавајући значајну парламентарну пажњу на резултате спроведених ревизија као суштински корак у спровођењу корективних мера за проблеме откривене у поступку ревизије.[34]

Због природе буџета, због тога што се његово доношење разликује од доношења других закона које усваја парламент, али и због значаја самог буџета, у правној теорији је заступљено већинско мишљење да постојећа извршна и судска власт нису довољне да обезбеде правилну примену буџета, какав је то случај са извршавањем

[31] Ј. Ловчевић, 260.

[32] „...било је нужно да се установи једна друга власт, чија ће контрола извршења буџета потпуно беспристрасно изрећи суд у питању: да ли се влада, извршујући буџет, у свему придржавала буџетских и других одредаба које се односе на управљање државном привредом“. Ђурађ Николић, *Наука о финансијама*, Издавачко предузеће Труд а. д., Београд 1934, 115.

[33] На пример, у Шведској је ВРИ званично агенција владе, али је њен полажај тренутно предмет преиспитивања. OECD (2002), 35.

[34] *Ibid*., 11.

других закона. Због тога се поменутим властима у њиховој организацији не може поверити контрола извршења буџета већ она треба да буде организована на посебан начин, тј. нужно је стварање специјалне организације контроле буџета.[35]

Контролну функцију остварују, с једне стране, извршни и управни органи, а с друге стране, парламентарна власт.[36] У другом случају, контрола извршења буџета се издваја као посебан правни институт, са државном ревизијом, и њена неопходна, стручна и професионална, помоћна, пратећа и корисна институција – ВРИ. Врховна ревизорска институција представља институционални оквир за вршење ревизије јавног сектора. У суверености народа лежи правни основ за успостављање те посебне врсте контроле јавног сектора. Одатле и потреба за успостављањем научне дисциплине са посебним предметом и садржином, која ће ту сувереност додатно оснажити. Ефикасност и ефективност контроле јавних средстава од ВРИ зависи од законског уређења предмета државне ревизије, њеног обима и поступка у коме се врши. Тај посебан облик контроле је у непосредној вези са развојем парламентарне демократије и остваривањем демократских права и слобода грађана.

Успостављање права ревизије јавног сектора као посебне дисциплине допринело би развоју те посебне врсте контроле и потпунијем остваривању постављених циљева буџета. Осим постизања економско-финансијских циљева, посебно је значајно „појачано“ остваривање јединственог политичког циља, чиме се парламенту омогућују учешће, утицај и контрола управљања јавним финансијама. Како се запажа у доктрини, контрола буџета је „услов *sine qua non* за правилно и целисходно извршење буџета“.[37]

Разлози за успостављање посебне научне дисциплине огледају се у додатном снажењу пружања помоћи парламенту, грађанима, држави и њеној привреди у управљању јавним финансијама и обелодањивању објективног и стручног налаза трошења јавних средстава. На основу резултата извршене ревизије јавног сектора надлежни државни органи и грађани се у континуитету уверавају у квалитет поднетих извештаја о трошењу новца пореских обвезника, управљању имовином у јавној својини и извршавању јавних обавеза. Крајња сврха те ревизије се огледа у контроли политичког рада владе и њених министарстава.

---

[35] Милан Радојковић, *Контрола буџета*, „Смиљево“, Београд 1940, 19.

[36] „Поред користи које постоје за сваку привреду па и за државу, од завођења контроле њене привредне делатности – омогућавања стварања реда – за државу од овакве контроле, вршене путем контроле извршења државног буџета, постоје и друге – економске, финансијске и социјалне користи, па је стога и потреба за завођењем и организовањем ове контроле неопходна.“ *Ibid*., 13.

[37] М. Тодоровић, III.

Од практичног је и теоријског значаја да посебна врста контроле јавних средстава буде предмет и садржина посебне научне дисциплине. Та контрола је корисна за националну привреду и државу јер доприноси стварању реда у јавним финансијама. Успостављањем права ревизије јавног сектора као посебне дисциплине стварају се претпоставке за бржи развој тог облика контроле и парламентарне демократије у друштву. Грађанима се појачава могућност да снажније врше посредни утицај на контролу извршне власти у трошењу јавних средстава.

6. ЗАКЉУЧАК

Предметно истраживање је вршено у функцији залагања за успостављање, заснивање и развој нове научне дисциплине – права ревизије јавног сектора. Изучавање појединих њених правних института и њеног целокупног система треба да пружи академској и стручној јавности основна објашњења за њено утемељење.

У овом истраживању се пошло од преовлађујућег става у савременој доктрини да је финансијско право, због ширине свог предмета и њиме условљене природе финансијскоправних односа, у толикој мери хетерогено да није могло да опстане као јединствена правна дисциплина. Због тога се поделило на пореско и буџетско право. У контексту савременог буџетског права, управо је развој политичке функције буџета створио претпоставке за успостављање, формирање и развој посебне научне дисциплине – права ревизије јавног сектора. Због тога, у контексту дезинтегристичке теорије, аутор се у овом раду залаже за издвајање контролно-политичке функције над извршењем буџета у посебну дисциплину. Тиме би се извршила подела предмета буџетског права.

Велики значај који ревизија јавног сектора има у савременим државама иде у прилог њеног успостављања као посебне научне дисциплине. Она има посебно место и улогу у буџетском праву, с једне стране, и на нивоу целокупног друштвеног система, с друге стране. Њен значај у борби против корупције је вишеструк. Успостављање ВРИ ради вршења ревизије јавног сектора, на основу посебно донетог закона, доприноси јачању јавности рада државних органа и других директних и индиректних корисника јавних средстава, као и њиховој одговорности у раду, управљању и трошењу буџетских средстава. Врховна ревизорска институција представља једну врсту независног, стручног и помоћног органа парламента, која му помаже у вршењу финансијске контроле рада извршне власти у поступку прикупљања и трошења буџетских средстава. У упоредној уставности парламент врши надзор над извршењем буџета путем ВРИ. Та

институција врши спољни надзор над трошењем буџетских средстава, а наступа у име свих пореских обвезника.

Коришћењем научних метода у успостављању нове научне дисциплине стварају се могућности да се идентификују њен предмет и садржина, да се структурише, да се теоријски уобличи и да се истакну све особености релевантних правних института. Такав методолошки приступ омогућава истраживачима да методама генерализације и синтезе дођу до јединствених својстава појединих правних института, али и до одређених закључака за ту комплексну и још увек недовољно засновану и неистражену научну дисциплину.

У извршеном предметном истраживању, на основу консултоване литературе, аутор у упоредном праву није пронашао директне ставове и залагања да се право ревизије јавног сектора издвоји из јединственог буџетског права и формира као посебна правна дисциплина. Због тога истраживано питање остаје отворено. Међутим, поједини написани радови, посебно у области економије, индиректно указују на могућност да ће у будућности постојати ревизија јавног сектора као посебна економска и правна дисциплина.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Андрић, М., *Ревизија јавног сектора*, „Пролетер“, А. Д. Бечеј, Суботица 2012. (Andrić, M., *Revizija javnog sektora*, „Proleter“, A. D. Bečej, Subotica 2012)

Јовановић, П., *Радно право*, Правни факултет, Центар за издавачку делатност – Футура, Петроварадин – Нови Сад 2015. (Jovanović, P., *Radno pravo*, Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost – Futura, Petrovaradin – Novi Sad 2015)

Јовић, Д., *Финансијско извештавање и вредновање перформанси ентитета јавног сектора*, докторска дисертација, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд 2016. (Jović, D., *Finansijsko izveštavanje i vrednovanje performansi entiteta javnog sektora*, doktorska disertacija, Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016)

Кнежић Поповић, Д., Дабић, Љ., *Слободне професије – правни аспекти*, Институт за упоредно право, Београд 2009. (Knežić Popović, D., Dabić, Lj., *Slobodne profesije – pravni aspekti*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2009)

Koziet, M., „Public Finances as Integral Part of Financial Law“, *System of Financial Law: General part* (ed. P. Mrkývka), Masaryk University, Brno 2015.

Kranecová, J., „System of financial management and control", *System of Financial Law: General part* (ed. P. Mrkývka), Masaryk University, Brno 2015.

Krasić, Š., Žager, L., (red.), *Državna revizija*, Masmedia d.o.o., Zagreb 2009.

Леко, В. (ур.), *Врховна државна ревизија јавних средстава*, Београд 2008. (Leko, V. (ur.), *Vrhovna državna revizija javnih sredstava*, Beograd 2008)

Леко, В., Леко, Д., *Методологија државне ревизије јавних средстава*, Економски институт, Београд 2008. (Leko, V., Leko, D., *Metodologija državne revizije javnih sredstava*, Ekonomski institut, Beograd 2008)

Леко, В., Илић Попов, Г., Дабовић, М. (ред.), *Буџетски поступак и контрола буџета: последипломске специјалистичке студије*, II, Правни факултет Универзитета у Београду – Влада Републике Србије – Министарство финансија и економије, Београд 2003. (Leko, V., Ilić Popov, G., Dabović, M. (red.), *Budžetski postupak i kontrola budžeta: poslediplomske specijalističke studije*, II, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Vlada Republike Srbije – Ministarstvo finansija i ekonomije, Beograd 2003)

Ловчевић, Ј., *Институције јавних финансија*, Службени лист СРЈ, Београд 1993. (Lovčević, J., *Institucije javnih finansija*, Službeni list SRJ, Beograd 1993)

Лубарда, Б., *Увод у радно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016. (Lubarda, B., *Uvod u radno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016)

Николић, Ђ., *Наука о финансијама*, Издавачко предузеће Труд а. д., Београд 1934. (Nikolić, Đ., *Nauka o finansijama*, Izdavačko preduzeće Trud a. d., Beograd 1934)

OECD, „Relations Between Supreme Audit Institutions and Parliamentary Committees", *SIGMA Papers* 33/2002.

OECD, „Developing effective working relationships between supreme audit institutions and parliaments", *SIGMA Papers* 54/2018.

Поповић, Д., *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013. (Popović, D., *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013)

Поповић, Д., Илић Попов, Г., „Однос пореског права и приватног права", *Анали Правног факултета у Београду*, Београд, 1/2016. (Popović, D., Ilić Popov, G., „Odnos poreskog prava i privatnog prava", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2016)

Радојковић, М. П., *Контрола буџета*, „Смиљево“, Београд 1940. (Radojković, M. P., *Kontrola budžeta*, „Smiljevo“, Beograd 1940)

Раичевић, Б., *Јавне финансије*, ЦИД Економски факултет у Београду, Београд 2008. (Raičević, B., *Javne finansije*, CID Ekonomski fakultet u Beogradu, Beograd 2008)

Станојевић, Љ., Видовић, З., *Ревизија јавног сектора*, Пословни биро, Београд 2014. (Stanojević, Lj., Vidoviħ, Z., *Revizija javnog sektora*, Poslovni biro, Beograd 2014)

Стојановић, З., *Кривично право (општи део)*, Правна књига, Београд 2016. (Stojanović, Z., *Krivično pravo (opšti deo)*, Pravna knjiga, Beograd 2016)

Тодоровић, М., *Наука о финансијама, II Буџет*, Издавачка књижница Геце Кона, Београд 1933. (Todorović, M., *Nauka o finansijama, II Budžet*, Izdavačka knjižnica Gece Kona, Beograd 1933)

Томић, З., *Опште управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012. (Tomić, Z., *Opšte upravno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012)

Виторовић, Б., „Ревизија јавних расхода у светској теорији и пракси и потреба за њеним увођењем у СР Југославији“, *Рачуноводство* 7–8/1998 (Vitorović, B., „Revizija javnih rashoda u svetskoj teoriji i praksi i potreba za njenim uvođenjem u SR Jugoslaviji“, *Računovodstvo* 7–8/1998)

Ljubiša Dabić, PhD

Full Professor
University of Belgrade, Faculty of Economics

ESTABLISHING A NEW SCIENTIFIC DISCIPLINE: THE LAW AUDIT OF THE PUBLIC SECTOR

Summary

The paper starts from the assumption that in modern conditions "the law on audit of the public sector" can be conceived, established and developed as a special scientific discipline. The research was carried out in the function of creating this new scientific discipline. The study of individual legal institutes and the whole system should provide the academic and professional auditorium with basic explanations relating to law of audit of the public sector. The aim of the paper is that the author, on the one hand, demonstrates his commitment to establish the law on audit of public sector as a special scientific discipline, and on the other, to point to the existence of arguments for its special content, and its place in the legal system of a state, and its relationship with other legal branches. The purpose of this work is to enrich the domestic legal literature in this field, as well as to encourage researchers in the legal profession to deal more often with more legal institutes or have systematic approach in researching the law on audit of the public sector.

Key words: *Law on audit. – Scientific discipline. – Budgetary law. – State Audit. – Supreme Audit Institution.*

Article history:
Received: 16. 11. 2017.
Accepted: 29. 6. 2018.

УДК 341.217(4-672EU)

CERIF: S155

Др Весна Кнежевић Предић*

Др Зоран Радивојевић**

ГРАНИЦЕ НАДЛЕЖНОСТИ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ – НАЧЕЛО ПОВЕРЕНИХ ОВЛАШЋЕЊА

Границе надлежности Европске уније одређене су начелом поверених овлашћења које представља темељни принцип права међународних организација. Према том начелу, ЕУ нема општу и неограничену надлежност већ располаже само оним овлашћењима која су јој провериле државе чланице оснивачким уговором. Иако никада оспоравано и довођено у питање приликом регулисања надлежности, то начело се доста тешко и споро пробијало у оснивачке уговоре ранијих Европских заједница и садашње ЕУ. У почетној фази европских интеграција творци тих уговора нису сматрали да је потребно да у текст уносе принципе о разграничењу надлежности између ЕЗ и држава чланица, односно начела вертикалне поделе власти. Начело поверених овлашћења нашло је први пут свој експлицитни израз у Уговору којим је основана ЕУ. Том приликом оно постаје принцип комунитарног права, али не и начело целокупног права ЕУ. Начело поверених овлашћења конституционализовано је тек реформом извршеном Лисабонским уговором када је прерасло у уставни принцип читаве ЕУ. После прегледа одредаба у којима се изричито помиње или разрађује то начело, предмет пажње аутора рада су концепт имплицираних овлашћења и клаузула флексибилности. Први од њих, преузет из јуриспруденције Суда правде, омогућио је ЕУ да, осим овлашћења која су јој изричито поверена, врши и она овлашћења која се могу извести довођењем у везу оснивачког уговора са неком правно релевантном чињеницом, као што су циљ и корисно дејство његових одредаба. Код клаузуле флексибилности, пак, реч је о резидуалном овлашћењу које се може користити у случају да не постоји специфичан правни основ када међу државама чланицама и институцијама ЕУ постоји сагласност о потреби деловања ради остваривања неког од циљева прописаних оснивачким уговоро-

* Ауторка је редовни професор Факултета политичких наука Универзитета у Београду, *vesna.knezevicpredic@fpn.bg.ac.rs*.

** Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, *zoranr@prafak.ni.ac.rs*.

ром. Расправа о границама надлежности ЕУ завршава се разматрањем врста њених овлашћења на основу класификације усвојене у Лисабонском уговору. Према тој подели, која се ослања на досадашњу праксу деловања ЕУ, разликују се искључива и неискључива овлашћења, при чему ова друга категорија обухвата подељена, комплементарна и координирајућа овлашћења.

Кључне речи: *Надлежност ЕУ. – Начело поверених овлашћења. – Имплицирана овлашћења. – Клаузула флексибилности. – Искључива и неискључива овлашћења.*

1. УВОД

За разлику од држава које су суверене јединке са изворном влашћу, надлежност међународних организација је изведеног карактера. Оне, дакле, располажу само оним овлашћењима која су им повериле државе чланице оснивачким уговором. Уз то, међународне организације немају, као државе, општу и неограничену надлежност већ се њихово деловање мора кретати у оквирима поверених овлашћења.[1] Према томе, границе надлежности међународних организација одређене су начелом поверених овлашћења (*attributed powers*, *conferred powers*, *compétence d'attribution*).[2] То начело, познато и као принцип специјалности[3], широко је прихваћено и чврсто утемељено у праву и пракси међународних организација.

Из начела поверених овлашћења произилази да међународне организација не могу саме стварати нове нити проширивати постојеће надлежности. За сваку евентуалну измену њихових овлашћења неопходна је сагласност воља држава чланица изражена у виду ревизије оснивачких уговора. С друге стране, начело поверених овлашћења значи да међународне организације нису надлежне да саме одлучују

[1] Шире о питању овлашћења међународних организација вид. на пример, Henry G. Shermers, Niels M. Blokker, *International Institutional Law – Unity within diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston – Leiden 2003, 155–157.

[2] У правној литератури о Европској унији на нашим просторима за то начело се користе називи принцип додељених, пренетих, уступљених овлашћења (Nevenko Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, Pravni fakultet, Sarajevo 2007, 230) или начело појединачних ограничених овлашћења (Будимир Кошутић, Бранко Ракић, Бојан Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, Правни факултет, Београд 2013, 254–255; Zlatan Meškić, Darko Samardžić, *Pravo Evropske unije I*, TDP – GIZ, Sarajevo 2012, 96).

[3] Као што је Међународни суд правде у саветодавном мишљењу о законитости употребе нуклеарног оружја од држава у оружаном сукобу истакао: „Међународне организације управљају се 'начелом специјалности', тј. државе које су их створиле дају им овлашћења која су ограничена функцијом заједничких интереса чије су им унапређење повериле"; *ICJ, Advisory Opinion of 8 July 1996, Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conlict*, 1996, 78.

о сопственој надлежности. Док државе према међународном праву уживају тзв. надлежност за надлежност (*compétence de la compétence*, *Kompetenz-Kompetenz*)[4], међународне организације располажу само појединачним овлашћењима, те њихова активност мора бити у оквирима надлежности која је дефинисана оснивачким уговорима. У супротном, реч је о деловању међународних организација *ultra vires*, које може да има за последицу неваљаност аката донетих изван поверених овлашћења.[5]

Премда основане као организације са наддржавним обележјима, раније Европске заједнице (у даљем тексту: ЕЗ) и садашња Европска унија (у даљем тексту: ЕУ) нису изузетак у погледу природе и граница своје надлежности. Надлежност ЕУ, такође, представља резултат слободно изражене воље њених држава чланица која је оличена превасходно у оснивачким уговорима.[6] У исто време ЕУ, као и друге међународне организације, ужива само она овлашћења која су јој повериле чланице тим уговорима. На тај начин је начело поверених овлашћења и за ЕУ темељни принцип који уређује границе њене надлежности.[7]

Иако никада оспоравано и довођено у питање приликом регулисања надлежности, начело поверених овлашћења се доста споро и тешко пробијало у оснивачке уговоре ЕЗ. После осврта на историјат процеса претварања тог начела у уставни принцип права ЕУ, предмет пажње у овом раду биће концепт имплицираних овлашћења и клаузула флексибилности. Расправа о границама надлежности ЕУ завршава се разматрањем врста њених овлашћења на основу класификације усвојене у Лисабонском уговору.

2. КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈА НАЧЕЛА ПОВЕРЕНИХ ОВЛАШЋЕЊА – ОД ПАРИЗА И РИМА ДО ЛИСАБОНА

Конституционализација, односно прерастање начела поверених овлашћења у уставни принцип, резултат је дугог, сложеног и

4 Вид., на пример, Malkom Show, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, 645.

5 Trevor C. Hartley, *The Foundations of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford 2014, 112–113.

6 Вид. случај C–376/98, *Federal Republic of Germany v. European Parliament and Council of the European Union*, ECLI:EU:C:2000:342, параграф 83.

7 Истина, то није и једини принцип и институт од значаја за утврђивање надлежности ЕУ у конкретним случајевима. У својој обимној јуриспруденцији Суд правде је заједно са тим принципом примењивао и начела супсидијарности, пропорционалности, заштите националних интереса и др. У овом раду, међутим, предмет пажње аутора је искључиво начело поверених овлашћења.

не увек једнозначног процеса развоја правног поредка ЕЗ, а касније и ЕУ. У почетној фази европских интеграција творци оснивачких уговора определили су се за еклектички приступ питању надлежности, изричито наводећи појединачна овлашћења поверена ЕЗ. Све су прилике да оснивачи Европске заједнице за угаљ и челик (у даљем тексту: ЕЗУЧ) нису сматрали да је неопходно да у текст основног уговора уносе принципе о разграничењу надлежности између те Заједнице и држава чланица, односно начела вертикалне поделе власти, будући да су та овлашћења била малобројна и доста прецизно дефинисана. Други могући разлог због којег није поменуто начело поверених овлашћења ваља тражити у чињеници да је за њих оно представљало кључни концепт међународног права који се *per se* подразумевао у сваком уговору о оснивању међународне организације.[8] Насупрот томе, аутори оснивачког акта ЕЗУЧ сматрали су да је нужно и потребно да начело поверених овлашћења изричито инаугуришу као обавезујући принцип хоризонталне поделе власти, то јест разграничења овлашћења између институција ЕЗУЧ.[9] Вероватно су из сличних мотива и уговори о оснивању Европске економске заједнице (у даљем тексту: ЕЕЗ) и Европске заједнице за атомску енергију (у даљем тексту: ЕВРОАТОМ) следили исти приступ: еклектички у вертикалној подели власти, а принцип поверених овлашћења у регулисању хоризонталне поделе власти.[10]

Показаће се у пракси да такво решење не задовољава у првом реду интересе држава чланица. Окупљене у Европском савету, оне су често истицале потребу да се уговорним путем регулишу темељни принципи који се односе на вертикалну поделу власти, што заправо значи њихов захтев за начелним границама овлашћења ЕЗ. Као резултат тих настојања начело поверених овлашћења наћи ће први пут свој експлицитан израз у Уговору из Мастрихта.[11] Том приликом оно је постало опште начело само у ЕЗ, али не и у новоствореној ЕУ. Амстердамски уговор и Уговор из Нице нису ништа променили у том погледу[12], тако да начело поверених овлашћења остаје темељни принцип комунитарног права, али не и уставно начело целокупног права ЕУ.

---

8 Lucia Serena Rossi, „Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences between EU and Member States?“, *EU Law after Lisbon* (eds. Andrea Biondi, Piet Eechout, Stefanie Ripley), Oxford University Press, Oxford 2012, 85–86.

9 Уговор о ЕЗУЧ, чл. 3, ст. 1 и чл. 5, ст. 1.

10 Вид. на пример чл. 3, ст. 1 Уговора о ЕВРОАТОМ-у и чл. 4, ст. 1 Уговора о ЕЕЗ у којима се каже да ће „свака институција радити у границама овлашћења која су јој поверена овим уговором“.

11 Уговор о ЕЗ, чл. 3б који гласи: „Заједница делује у границама овлашћења која су јој поверена и у складу са циљевима који су утврђени овим уговором“.

12 Уговор о ЕЗ, чл. 5, ст. 1.

У оквиру Конвенције којој је поверена израда Уговора о уставу за Европу вођене су озбиљне расправе о месту начела поверених овлашћења и начину на који оно треба да буде формулисано.[13] На крају је прихваћено да се у првом делу Уговора на општи начин предвиди да ЕУ делује у границама овлашћења која су јој уговором повериле државе чланице ради остваривања циљева који су у њему утврђени. У исто време прописано је да сва овлашћења која уговором нису поверена ЕУ припадају државама чланицама.[14] Друга важна новина је кодификација поделе овлашћења ЕУ која је извршена уговором. Иако се она први пут помиње у тексту, није реч о новој класификацији већ само о сређивању и систематизацији врста овлашћења која је Суд правде већ формулисао у својој богатој јуриспруденцији.[15]

Творци Лисабонског уговора ће суштински преузети предложени текст, али смештајући га у два основна уговора: Уговор о ЕУ (у даљем тексту: УЕУ) и Уговор о функционисању ЕУ (у даљем тексту: УФЕУ).[16] Већ на самом почетку УЕУ каже се да Европској унији државе чланице „повераваjу овлашћења ради постизања заједничких циљева".[17] У корпус релевантних чланова, затим, спадају одредбе да ЕУ „остварује своје циљеве... у складу са овлашћењима која су јој поверена овим уговором"[18] и да „све надлежности које нису уговором поверене Унији припадају државама чланицама".[19] Средишно место свакако има чл. 5 УЕУ у коме се најпре предвиђа да „границе овлашћења Уније уређује начело поверених овлашћења", а затим се прописује да „сагласно начелу поверених овлашћења Унија делује само у границама овлашћења која су јој државе чланице повериле уговорима како би се постигли циљеви који су њима предвиђени". Затим се још једном понавља да „овлашћења која уговорима нису поверена Унији остају државама чланица".[20] Значајна је и завршна одредба УЕУ, којом се предвиђа да се у поједностављеном поступку

13 Више о томе вид. на пример, Claude Blumann, Louis Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec LexisNexsis, Paris 2010, 404.

14 Уговор о уставу за Европу, чл. I–11, ст. 2.

15 Више о томе вид., на пример, Jean-Claude Piris, *The Constitution for Europe: A Legal Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, 78–86; Зоран Радивојевић, Весна Кнежевић-Предић, *Институције Европске уније*, Свен, Ниш 2008, 78–80.

16 Уговор је објављен у *Official Journal of the European Union*, C 306, 17. децембра 2007, а његов консолидовани текст у *ibid*., C 115/22, 9. маја 2008.

17 УЕУ, чл. 1, ст. 1.

18 УЕУ, чл. 3, ст. 6.

19 УЕУ, чл. 4, ст. 1.

20 УЕУ, чл. 5, ст. 1 и 2.

за ревизију оснивачких уговора не могу „повећавати овлашћења која су овим уговором поверена Унији“.[21]

У УФЕУ су смештене одредбе којима се уређује класификацију овлашћења ЕУ, то јест категорије овлашћења и области надлежности ЕУ. Притом су посебно регулисана искључива и неискључива овлашћења поверена ЕУ и поименично побројане области у којима их она ужива.[22] Уз то, предвиђено је да ЕУ „води рачуна о целини својих циљева и њиховој усклађености са начелом поверених овлашћења“.[23]

3. КОНЦЕПТ ИМПЛИЦИРАНИХ ОВЛАШЋЕЊА

Показало се, међутим, много пре него што је начело поверених овлашћења дефинисано оснивачким уговорима, да се његово значење не може ригидно тумачити. Оно би, наиме, деловање институција ЕЗ учинило зависним од тумачења сваке државе чланице појединачно, те би свака њихова легислативна активност захтевала неки облик пристанка држава. За нормално функционисање тих заједница био је неопходан значајан степен аутономности институција. То схватање није наишло на озбиљан отпор у кругу ЕЗ, али се поставило питање шта представља, односно шта треба да буде основ аутономности тих заједница.

Тим поводом искристалисала су се два основна становишта. Уже или „тврдо“ схватање начела поверених овлашћења, у случају сумње, постојање овлашћења утврђује применом историјског метода тумачења, враћајући се тако на вољу оснивача коју идентификује увидом у преговоре који су претходили потписивању оснивачког уговора, односно путем тзв. *travaux préparatoires*. С друге стране, шире или „мекше“ схватање одговор тражи и проналази у телеолошком тумачењу, при чему да овлашћење постоји утврђује с обзиром на циљ, односно циљеве који су прописани оснивачким уговором.[24] Применом овог другог схватања идентификована су два типа овлашћења ЕУ: она која су изричито прописана оснивачким уговором (експлицитна

21 УЕУ, чл. 48, ст. 6, тач. 3.

22 УФЕУ, чл. 2–6.

23 УФЕУ, чл. 7. Својеврсну фасцинираност принципом поверених овлашћења аутори Лисабонског уговора показали су његовим изричитим помињањем у три декларације усвојене уз тај уговор: Декларацији бр. 1 о Повељи о основним правима ЕУ, Декларацији бр. 18 о разграничењу овлашћења и Декларацији бр. 24 о правном субјективитету ЕУ. *Official Journal* C 326, 26. октобар 2012.

24 Robert Schutze, „EU Competences Existence and Exercise“, *The Oxford Handbook of European Union Law* (eds. Anthony Arnull, Damian Chalmers), Oxford University Press, Oxford 2015, 76–81.

или примарна овлашћења) и она која се из одредаба оснивачких уговора могу извести тако што ће се само слово уговора довести у везу са неком правно релевантном чињеницом. Овлашћења која припадају овом другом типу названа су имплицитним или имплицираним овлашћењима (*implied powers*, *pouvoirs implicites*).

Концепт имплицираних овлашћења добро је познат и у националном праву[25] и у међународном праву.[26] Ипак, мишљења о његовој садржини значајно се разликују тако да је могуће издвојити уже и шире схватање имплицираних овлашћења. Према ужем схватању, имплицирано овлашћење може постојати само ако се ослања на уговором изричито додељено овлашћење. Другим речима, имплицитно овлашћење ће постојати само ако је такво овлашћење у разумној мери неопходно да би се извршило прво, изричито поверено овлашћење. Насупрот томе, према ширем схватању, постојање изричито датог овлашћења није предуслов имплицираног овлашћења већ оно може проистећи и из циља који се релевантном нормом желео постићи и из корисног дејства (*effet utile*) које оно треба да произведе у правном поретку ЕУ.[27]

Суд правде је испрва прихватио уже тумачење концепта имплицитних овлашћења.[28] Како је време одмицало, а са њим напредовало и заједничко тржиште, Суд је показао спремност да примени и шире схватање имплицираних овлашћења које у обзир узима циљ и корисно дејство одредаба.[29] Доктрина имплицираних овлашћења је потпуно афирмисана тиме што је унета у одредбу Лисабонског уговора којом се предвиђа: „Унија може закључити споразум са једном или више трећих држава или међународних организација када је то... неопходно да би се, у оквирима политика Уније, постигао један од циљева предвиђених уговором или је закључивање уговора предвиђено правно обавезујућим актом Уније или постоји

[25] Концепција имплицираних овлашћења настала је у пракси Врховног суда САД. Први је њену правну формулацију дао судија *Marshal* у спору *McCullog v. Marylend*. Више о томе вид. на пример, Зоран Радивојевић, *Уговори међународних организација у међународном јавном праву*, СКЦ, Ниш 1996, 165.

[26] У јуриспруденцији Међународног суда правде темељи доктрине имплицираних овлашћења постављени су саветодавним мишљењем о накнади штете претрпљене у служби Уједињених нација. Шире о томе вид. Зоран Радивојевић, „О имплицитној уговорној способности међународних организација“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву* 1989, 171–172.

[27] T.C. Hartley, 113.

[28] Вид. случај 8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique v. High Autority, of the European Coal and Steel Community*, ECLI:EU:C:1956:7.

[29] Вид. здружене случајеве 281, 283, 284, 285 и 287/85, *Federal Republic of Germany and others v. Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1987:351 и случај 165/87, *Commission of the European Communities v. Council of the European Communities*, ECLI:EU:C:1988:458.

вероватноћа да ће утицати на заједничка правила или изменити њихов домашај“.[30] Из те одредбе произилази да се концепт имплицираних овлашћења, бар кад је реч о праву на закључење међународних споразума, може користити у три случаја: прво, када овлашћење ЕУ да закључи међународни уговор проистиче из чињенице да је његово склапање неопходно да би се постигао неки циљ политика ЕУ који је иначе предвиђен оснивачким уговорима; друго, уколико су институције својим правно обавезујућим актом изричито овластиле ЕУ да закључи уговор и, треће, ако је ЕУ већ искористила своје „унутрашње“ овлашћење да донесе правни акт или „спољно“ овлашћење да закључи међународни уговор, тако да би нови споразум могао утицати на ранији инструмент.[31]

4. КЛАУЗУЛА ФЛЕКСИБИЛНОСТИ – РЕЗИДУАЛНА ОВЛАШЋЕЊА

Осим концепта имплицираних овлашћења, за одређивање домашаја начела поверених овлашћења значајна је и тзв. клаузула флексибилности.[32] Реч је о општем овлашћењу датом институцијама ЕУ, раније органима ЕЗ, да у случају да не постоји специфично овлашћење за усвајање мере која је иначе неопходна да би се постигао неки од циљева прописаних оснивачким уговорима одлуком Савета надоместе њен правни основ. У том смислу, то је резидуално овлашћење, будући да се може употребити тек ако специфичног правног основа нема, а међу државама чланицама и институцијама ЕУ постоји сагласност о потреби да ЕУ делује у одређеном правцу.

Клаузула флексибилности се као посебан институт[33] у примарном комунитарном праву појављује већ ступањем на снагу Уговора

---

[30] УФЕУ, чл. 216, ст. 1.

[31] Више о томе вид., на пример, Весна Кнежевић-Предић, Зоран Радивојевић, „Уговорна способност Европске уније: шест деценија после“, *Српска политичка мисао* 1/2018, 79–82.

[32] У доктрини се за клаузулу из чл. 325 УФЕУ користе различити називи: резидуално овлашћење, неограничено овлашћење, складиште компетенције, допунска надлежност, клаузула заокружења надлежности, општа клаузула или *open-ended* овлашћења.

[33] Док већина теоретичара стоји на становишту да је то посебан институт у праву ЕУ, постоје и мишљења која му одричу самосталност и третирају га као један од посебних облика у којима се јавља доктрина имплицираних овлашћења (вид., на пример, Viljam Engstrom, „How to Tame the Elusive: Lessons from the Revision of the European Union Flexibility Clause“, *International Organizations Law Review* 2/2010, 343–373). Аутори овог текста сматрају да самосталност клаузуле флексибилности почива на чињеници да је за њено активирање пресудно то што у оснивачким уговорима не постоји специфично овлашћење, док је доктрина имплицираних овлашћења

о ЕЕЗ.[34] Она је уз извесне измене, на препоруку Европског савета, била интензивно коришћена од 1972. године до ступања на снагу Јединственог европског акта 1987. године.[35] У том периоду послужила је као инструмент за стварање правног основа деловања институција ЕЗ у низу тзв. пратећих политика заједничког тржишта, као што су области заштите животне средине, истраживања, индустријске, енергетске, регионалне, социјалне и монетарне политике.

Од Јединственог европског акта и потом Уговора из Мастрихта из 1992. године, који овлашћења ЕЗ у тим областима уводе у примарно комунитарно право, клаузула флексибилности почиње ређе да се примењује, између осталог и због тога што се све чешће и интензивније поставља питање граница саме те клаузуле. Сматра се да је преломни моменат за инаугурацију рестриктивнијег схватања клаузуле флексибилности представљало мишљење Суда правде о приступању Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода, у коме је прихваћено становиште да се клаузула не може употребити за проширење овлашћења ЕУ изван оквира који је створен оснивачким уговором у целини. Суд је, такође, утврдио да се клаузула не може користити као основ за усвајање одредаба које би суштински представљале измену оснивачког уговора без поштовања процедуре која је за то прописана.[36]

Јуриспруденција Суда правде снажно је утицала на креаторе текста клаузуле флексибилности у УФЕУ.[37] Међутим, они се нису ограничили само на кодификацију постојеће судске праксе већ су извршили прву озбиљнију ревизију клаузуле флексибилности од њеног увођења у систем комунитарног права. Заправо, два су основна стратешка

заснована на супротној премиси: да специфично овлашћење за деловање ЕУ почива на изворном овлашћењу, то јест овлашћењу које је садржано у оснивачком уговору. За слично гледиште вид. Paul Crage, Grainne de Burca, *European Union law: Texts, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford 2003, 90–94; Robert Schutze, „Organizad Change Towards an 'Ever Closer Union': Article 308 and the Limits to the Community Competences“, *Yearbook of European Law* 2003, 79–115.

34 Уговор о ЕЗ, чл. 308 (ранији чл. 235 Уговора о ЕЕЗ). Уговор о ЕЗУЧ је клаузулу флексибилности третирао заједно са доктрином имплицираних овлашћења. Вид. Уговор о ЕЗУЧ, чл. 95.

35 Вид. *Declaration of the Paris Summit, 19–20 October 1972*, *EC Bulletin* 10–1972.

36 *Opinion 2/94*, *Accession by the Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, ECLI:EU:C:1996:140. Вид. и *Opinion 2/91*, *Convention No 170 of the International Labour Organization concerning Safety in the Use Chemicals at Work*, ECLI:EU:C:1993:106.

37 УФЕУ, чл. 352. Шире о еволуцији те клаузуле вид. Theodore Konstadinides, „Drawing the line between Circumvention and Gap-Filling: An Exploration of the Conceptual Limits of the Treaty's Flexibility Clause“, *Yearbook of European Law* 2012, 227–262.

правца ревизије те клаузуле коју је донео Лисабонски уговор: први се односи на домен њене примене *ratione materiae* и услове за коришћење, а други се тиче процедуре по којој се доносе одлуке на основу клаузуле флексибилности.

Као логична последица укидања стубовске структуре, Лисабонски уговор је изоставио ограничење за примену клаузуле флексибилности изван првог стуба. То, ипак, не значи да је материјално поље примене те клаузуле изједначено са целокупном облашћу деловања ЕУ. Државе чланице су се као „господари уговора" постарале да из домена примене клаузуле флексибилности изричито изузму све оне мере које укључују хармонизацију њихових закона и других прописа чију хармонизацију оснивачки уговори искључују.[38]

Државе чланице су, надаље, ограничиле употребу клаузуле флексибилности тако што су сузиле круг циљева који могу да иницирају њену примену. Изван домашаја те клаузуле остали су најопштији циљеви[39], тако да се клаузула флексибилности може применити само за постизање специфичних циљева, посебно оних који су прописани за одређене секторске политике. Треба, међутим, имати у виду да је линија разграничења између општих и специфичних циљева понекад врло танка и да се тада мора повлачити у сваком појединачном случају.

У случају да је циљ мере допуштен, примена клаузуле флексибилности претпоставља испуњење следећег, другог услова: мера ЕУ мора бити неопходна за постизање циља. Институције ЕУ уживају доста велики степен слободе процењивања да ли је мера неопходна. Међутим, постоји њихова обавеза поштовања начела супсидијарности које поставља значајне границе у погледу домашаја коришћења те клаузуле, као и принципа пропорционалности.

Последњи, трећи услов за примену клаузуле флексибилности своди се на захтев да у оснивачком уговору не постоји одредба која садржи неопходно специфично овлашћење.[40] Ваља имати на уму да специфично овлашћење, осим као изричито прописано уговорима, може проистећи и из имплицираних овлашћења.[41] С друге стране, сматра се да специфично овлашћење недостаје и у случају када постојећа овлашћења не омогућавају потпуно постизање специфичног

[38] УФЕУ, чл. 352, ст. 3. Вид. случај C–376/98, *Federal Republic of Germany v. European Parliament and Council of the European Union*, ECLI:EU:C:2000:544.

[39] Вид. преамбулу оснивачких уговора и УФЕУ, чл. 3, ст. 1.

[40] Вид. случај 45/86, *Commission of the European Communities v. Council of the European Communities*, ECLI:EU:C:1987:163 и C–242/87, *Commission of the European Communities v. Council of the European Communities (Erasmus)*, ECLI:EU:C:1989:217.

[41] Вид. случај 22/70, *Commission of the European Communities v. Council of the European Communities (ERTA)*, ECLI:EU:C:1971:32.

циља. То би, рецимо, био случај када уговор даје овлашћење институцијама да усвоје само акте типа директиве, док остварење циља захтева усвајање уредбе.[42]

Кумулативно испуњење претходних услова Савету отвара могућност да, користећи клаузулу флексибилности, донесе акт којим ће установити ново овлашћење ЕУ. Савет, међутим, није у обавези да тако поступи. Другачије речено, чак и када су сви услови за примену те клаузуле испуњени, Савет се може определити да на основу ње не донесе такву одлуку.[43]

Лисабонским уговором је прописан и поступак за усвајање аката на основу клаузуле флексибилности. Одлуку доноси Савет, и то једногласно, на предлог Комисије. Парламент мора претходно дати пристанак за усвајање одлуке, чак и ако је реч о одлуци која се доноси у посебном законодавном поступку. Друга мера демократске контроле над радом Савета јесте везивање те клаузуле за начело супсидијарности, односно обавеза Комисије да активира „систем раног упозоравања" који се састоји у обавештавању парламената држава чланица о предлозима који се подносе по овом основу.[44]

Иако је клаузула флексибилности после Лисабонског уговора значајно ревидирана, и даље се могу чути приговори да је она недовољно јасна, а да понуђени механизми контроле нису довољни. Озбиљно се разилазе и мишљења о њеној улози у правном поретку ЕУ. Док је неки славе као значајан инструмент којим се превазилазе правне празнине у вези са основом овлашћења које је неопходно за постизање уговором прописаног циља, други је сматрају средством којим ЕУ за себе прибавља надлежност да одлучује о својој надлежности.[45] Такве расправе су пратили покушаји држава да изграде механизме контроле коришћења клаузуле флексибилности на националном нивоу.

5. ВРСТЕ ОВЛАШЋЕЊА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Уговорима којима су основане ЕЗ, а потом и ЕУ, није покушавано да се установи никаква посебна класификација њихових овлашћења. Па ипак, већ седамдесетих година прошлог века

[42] Вид. случај 8/73, *Hauptzollamt Bremerhaven v. Massery-Ferguson*, ECLI:EU:C:1973:90. Ближе о тим актима вид. Весна Кнежевић-Предић, Зоран Радивојевић, *Како настаје и делује право Европске уније*, Службени гласник, Београд 2009, 92–98.

[43] Вид. случај 22/70, *Commission of the European Communities v. Council of the European Communities (ERTA)*, ECLI:EU:C:1971:32.

[44] УФЕУ, чл. 352.

[45] Вид. на пример, R. Schutze (2015), 78–81.

институције ЕЗ, у првом реду Суд правде, почињу да праве разлику између искључивих и конкурентних овлашћења.[46] Са Јединственим европским актом појављују се у оснивачким уговорима и овлашћења која није могуће сврстати ни у једну од две поменуте категорије. У међувремену број тих овлашћења се повећавао оснивањем ЕУ Уговором из Мастрихта и потоњим изменама оснивачких уговора у Амстердаму и Ници.

Творци Лисабонског уговора ослонили су се на постигнућа дотадашње праксе деловања ЕУ. Анализа релевантних чланова тог уговора, пре свега УФЕУ[47], указује на две основне категорије овлашћења: искључива и неискључива овлашћења. Неискључива овлашћења обухватају подељена и комплементарна овлашћења.[48] У ову другу категорију спадају овлашћења ЕУ да подржава, координира и допуњује активности држава чланица. Овде можемо убројити и координациона овлашћења која ЕУ ужива у области економске политике, политике запошљавања и социјалне политике, без обзира на то што их аутори Лисабонског уговора засебно наводе.[49]

Искључива овлашћења постоје онда када ЕУ ужива ексклузивно право да уређује односе у областима које су јој пренете у надлежност и да доноси правно обавезујуће акте. Она подразумевају потпуни и трајни пренос овлашћења за усвајање правних прописа у одређеној области са држава чланица на ЕУ.[50] У областима искључивих овлашћења ЕУ државе чланице су потпуно изгубиле право да регулишу одређену материју, односно њихова законодавна делатност је искључена.

Концепт искључивих овлашћења дело је Суда правде који је у својој јуриспруденцији у периоду од седамдесетих година прошлог века до доношења Лисабонског уговора издвојио и идентификовао само неколико области у којима је ЕЗ, потоња ЕУ, уживала

[46] Шире о томе вид. Robert Schutze, „The European Community's Federal Order of Competence: A Retrospective Analysis“, *50 Years of the European Treaties: Looking Back and Thinking Forward* (eds. Michael Dougan, Samantha Currie), Hart Publishing, Portland 2009, 63.

[47] УФЕУ, чл. 2–6.

[48] Koen Lenaerts *et al*., *European Union Law*, Sweet & Maxwell, London 2011, 124–125.

[49] Као посебна категорија, у УФЕУ (чл. 2, ст. 4) издвајају се овлашћења у области заједничке спољне политике и политике безбедности (у даљем тексту: ЗСППБ), што је последица раније стубовске структуре. У тој области, која је регулисана одговарајућим одредбама УЕУ (чл. 23–46), ЕУ располаже овлашћењем да утврђује и спроводи ЗСППБ, укључујући и прогресивно дефинисање заједничке одбрамбене политике (УЕУ, чл. 24, ст. 1).

[50] Вид. случај 41/76, *Suzanne Donckerwolcke épouse Criel and Henri Chou v. Procureur de la République au Tribunale de grande instance de Lille and Director General of Coustoms*, ECLI:EU:C:1976:182.

искључива овлашћења. Прву такву област чинила је заједничка трговинска политика[51], а потом и очување биолошких богатстава мора.[52] Том приликом Суд је био прилично уздржан и рестриктиван у тумачењу искључивих овлашћења, а чини се да и сада остаје на сличном курсу.[53]

Пошто у домену искључивих овлашћења једино институције ЕУ могу да доносе прописе и усвајају правно обавезујуће акте, свака активност држава чланица у тој области сматра се *a priori* супротном оснивачким уговорима.[54] Државе би могле евентуално деловати само ако за то добију изричито овлашћење ЕУ. Према слову Лисабонског уговора, у областима искључивих овлашћења државе чланице могу доносити своје акте само ако их на то овласти ЕУ или када су њихови акти неопходни да би се имплементирале обавезујуће одлуке ЕУ.[55]

С друге стране, искључива овлашћења постоје независно од тога да ли их је ЕУ користила. Она се морају поштовати чак и онда када је ЕУ пропустила да регулише дату област[56], односно ако њени органи нису донели потребне правно обавезујуће акте. Само изузетно, ако постоји потреба за предузимањем хитних мера, државама чланицама се може дозволити да својим прописима попуне правне празнине настале услед тога што нису усвојени акти ЕУ. Прихватајући ту врсту прећутне ауторизације из разлога нужде, Суд правде је заузео став да државе чланице усвајањем неопходних мера наступају као „старатељи над заједничким интересом“, под условом да делују у тесној сарадњи са надлежним институцијама ЕУ.[57] Међутим, то што у поменутим ситуацијама државе чланице доносе мере нема за последицу одрицање ЕУ од искључивих овлашћења нити њихов трајан и коначан губитак у корист држава чланица.[58]

---

51 *Opinion* 1/75, *Draft OECD Understending on a Local Cost Standard*, ECLI:EU:C:1975:145.

52 Вид. случај 804/79, *Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Nothern Iteland*, ECLI:EU:C:1981:93.

53 Вид., на пример, рестриктивно тумачење концепта „монетарна политика“, које је Суд дао у случају C–370/12, *Thomas Pringle v. Government of Ireland and Others*, ECLI:EU:C:2012:756.

54 K. Lenaerts *et al*., 126.

55 УФЕУ, чл. 2, ст. 1.

56 Jean Paul Jacqué, *Droit institutionnel de l’Union européenne*, Dalloz, Paris 2012, 151.

57 Вид. случај 804/79, *Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Nothern Iteland*, ECLI:EU:C:1981:93, посебно тач. 22 и даље.

58 Guy Isaac, Marc Blanquet, *Droit général de l’Union européenne*, Sirey, Paris 2012, 70.

Подељена овлашћења, која су до Лисабонског уговора називана конкурентним овлашћењима[59], представљају доминантан облик овлашћења ЕУ. Таква овлашћења постоје у свим случајевима када нема других типова овлашћења и у том смислу чине неку врсту резидуалних овлашћења. Према томе, свако питање из оквира оснивачких уговора које не спада изричито у искључива овлашћења, овлашћења да подржава, координира и допуњује или неку посебну врсту овлашћења, *ipso facto* улази у домен подељених овлашћења.[60] У складу са тим, подељена овлашћења представљају основни тип овлашћења ЕУ, док сва друга овлашћења морају бити изричито прописана оснивачким уговорима.

Та врста овлашћења јавља се у области појединих изузетно важних политика ЕУ. Као неке од главних области, у УФЕУ се изричито наводе: унутрашње тржиште, социјална политика у мери у којој је она укључена у УФЕУ, економска, социјална и територијална кохезија, пољопривреда и рибарство (осим очувања поморских биолошких богатстава које спада у искључива овлашћења), заштита животне средине, заштита потрошача, транспорт, трансевропске мреже, енергија, простор слободе, безбедности и правде, заједничка безбедност у области јавног здравља, како је она предвиђена УФЕУ.[61]

Европска унија ужива подељена овлашћења и у области истраживања, технолошког развоја и свемира, посебно у дефинисању и спровођењу програма, као и у области сарадње за развој и хуманитарне помоћи, где је овлашћена да спроводи заједничку политику. Ипак, у последња два случаја у УФЕУ је изричито прописано да та овлашћења неће спречавати државе чланице да врше своја овлашћења.[62] У том смислу се може, заправо, говорити о паралелним овлашћењима код којих деловање начела примата права ЕУ може решити евентуално питање сукоба норми. Улогу граничника између паралелних овлашћења ЕУ и држава чланица могао би, евентуално, одиграти принцип искрене сарадње, што овлашћења ЕУ у извесној мери приближава трећој категорији њених овлашћења да подржи, координира или допуни активности држава чланица.[63]

Посебно треба нагласити да наведене области у којима ЕУ ужива подељена овлашћења нису и једине такве области. У понуђеној

---

59 Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Markus Kotzur, *European Union Treaties – a Commentary*, C. H. Beck-Hart, Oxford 2015, 204.

60 George A. Bermann, „Competences of the Union“, *European Union Law for the Twenty-First Century* (eds. Takis Tridimas, Paolisa Nebbia), Hart Publishing, Oxford 2004, 68.

61 УФЕУ, чл. 4, ст. 2.

62 УФЕУ, чл. 4, ст. 3 и 4.

63 R. Geiger, D. E. Khan, M. Kotzur, 209.

листи из УФЕУ наведени су само најтипичнији примери домена подељених овлашћења. То, дакле, није закључена листа, већ само списак подељених надлежности егземпларне природе.[64]

У областима подељених овлашћења прописе и обавезујуће акте могу доносити како ЕУ, тако и државе чланице. Према слову Лисабонског уговора, државе чланице своја овлашћења у тим областима могу вршити у мери у којој то није учинила ЕУ. С друге стране, државе чланице ће поново вршити своја овлашћења када ЕУ одлучи да престане са вршењем својих овлашћења.[65] Из такве формулације произилази да само постојање подељених овлашћења не спречава државе чланице да усвајају законодавне и друге акте обавезујућег карактера. Пре се може рећи да код подељених овлашћења надлежност припада државама чланицама само ако и док ЕУ не започне да врши своја овлашћења на том подручју (тзв. принцип заузетог поља – *field occupation*). Међутим, када ЕУ почне да користи своја овлашћења у једној од тих области, државе чланице губе право на деловање у том подручју.[66] Према томе, вршење законодавне активности ЕУ у области подељених овлашћења има за последицу преемпцију (*pre-emption*), односно онемогућавање држава чланица да користе своја законодавна овлашћења у домену који је регулисан правним актом ЕУ.[67]

Код подељених овлашћења поставља се, као претходно, питање да ли је ЕУ потпуно регулисала одређену област или је то учинила само делимично[68], остављајући простор за даље регулисање државама чланицама. У првом случају државама чланицама би било забрањено да регулишу дату област, будући да је ЕУ у целини искористила, односно исцрпла законодавна овлашћења. Насупрот томе, државе чланице задржавају овлашћење да у одређеном подручју у коме је донет правни акт Уније регулишу онај део материје који није уређен тим актом.[69] Значајно је и то што УФЕУ први пут у примарно право уводи правило да се подељено овлашћење, иако га је ЕУ употребила да усвоји своје мере, може накнадно вратити државама

---

[64] Jean-Luc Sauron, *Comprendre le Traité de Lisbonne. Texte consolidé intégrale des traités, explications et commentaires*, Gualino Editeur, Paris 2007, 86.

[65] УФЕУ, чл. 2, ст. 2.

[66] Damian Chalmers, Adam Tomkins, *European Union Public Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, 191.

[67] Б. Кошутић, Б. Ракић, Б. Милисављевић, 262. Вид. случајеве 22/70, *Commission of the European Communities v. Council of the European Communities (ERTA)*, ECLI:EU:C:1971:32; 3, 4 и 6/76, *Cornelis Kramer and Others*, ECLI:EU:C:1976:114; 804/79, *Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Nothern Iteland*, ECLI:EU:C:1981:93.

[68] G. Isaac, M. Blanquet, 84–85.

[69] *Protocole (no 25) on exercise of shared competence*, *Official Journal C 326*, 26. октобар 2012.

чланицама уколико одлучи да престане да га врши. Та могућност је конкретизована посебном одредбом УФЕУ по којој представник државе чланице у Савету може поднети предлог за укидање правног акта ЕУ којим се крше ти принципи.[70] Међутим, и даље остаје нејасно који су предуслови и могући правни ефекти тог новог правила.

У области економске политике, политике запошљавања и социјалне политике[71] ЕУ је овлашћена да створи „аранжмане" за државе чланице како би оне своја овлашћења извршавале уз узајамну координацију. У том смислу типичне активности које ЕУ предузима јесу усвајање смерница и покретање иницијатива за доношење мера координације.

Комплементарна овлашћења, то јест овлашћења да подржава, координира и допуњује мере држава чланица, постојала су и раније у комунитарном правном поретку. Као и данас, њихов заједнички именитељ је то што ЕУ поверавају овлашћења да предузима одређене активности ограниченог учинка и домашаја. Кад је реч о мерама подршке, оне претпостављају да су државе чланице већ предузеле одређене активности у једној од области које се изричито наводе у УФЕУ, а то су: заштита и унапређење људског здравља, индустрија, култура, туризам, образовање, омладина, спорт и стручно усавршавање, цивилна заштита и административна сарадња.[72] Координирајућа овлашћења претпостављају постојање акта ЕУ који се односи на све државе чланице и чији је циљ да координира деловање њихових администрација. Допунска мера ЕУ захтева да су државе чланице активно деловале у некој области и да су већ усвојиле своје мере, док ЕУ доноси своју меру како би их подржала, односно помогла. Из самог текста УФЕУ не произилази да постоји ограничење у погледу типа акта који ЕУ може усвојити. То би значило да ЕУ може доносити не само необавезујуће већ и акте обавезујуће природе у сврху координације, допуне или подршке мера држава чланица.

6. ЗАКЉУЧАК

Ступањем на снагу Лисабонског уговора учињен је значајан искорак у правцу употпуњавања правног корпуса значајног за одређивање граница надлежности ЕУ, односно вертикалне поделе власти. Не одричући се еклектичког приступа, државе чланице су се као „господари уговора" подухватиле задатка да у његов текст

[70] УФЕУ, чл. 241.

[71] УФЕУ, чл. 2, ст. 3 и чл. 5.

[72] УФЕУ, чл. 6.

уграде начело поверених овлашћења као један од темељних принципа права ЕУ. Снажно ослоњене на дотадашњу праксу институција ЕУ, у првом реду на јуриспруденцију Суда правде, али и на праксу међудржавног преговарања, оне су јасно истакле значај, прецизирале садржину и уредиле његов однос са другим релевантним начелима (супсидијарности, пропорционалности) и институтима (клаузула флексибилности).

Начело поверених овлашћења успостављено је као везивно ткиво између оснивачких уговора и Повеље о основним правима ЕУ и, што је можда и значајније, као темељни принцип целокупне ЕУ. То је логична последица укидања раније стубовске структуре уз очување особености ЗСППБ путем класификације врста овлашћења. Тиме је способност тог начела да квантитативно и квалитативно одреди границе надлежности ЕУ значајно ојачана. У квантитативном погледу његова основна функција је да успостави линију раздвајања између овлашћења ЕУ и овлашћења држава чланица и да на општи начин позиционира ЕУ у једном ширем, међународном правном поретку. Посматрано са квалитативног становишта, начело поверених овлашћења има задатак да дефинише врсту овлашћења коју ЕУ ужива у конкретном случају и тако одреди границе слободе деловања ЕУ, с једне стране, и држава чланица, с друге стране.

Критичари постигнућа остварених Лисабонским уговором често указују на правнотехнички дуализам који је корпус релевантних правила разместио у УЕУ и УФЕУ. Нама се, међутим, чини да је та примедба пре нормативно-естетског него суштинског карактера. Оба уговора имају исту правну снагу, а институције ЕУ, укључујући и Суд правде, поседују богато искуство у примени тог јединственог корпуса права. Међутим, не може се порећи да конституционализација начела поверених овлашћења не искључује појаву спорова о крајњем домашају овлашћења ЕУ, а то јасно потврђује и пракса односа у ЕУ од ступања на снагу Лисабонског уговора. Данас ЕУ, ипак, располаже ефикасним механизмима да такве ситуације разрешава, поготово када је о правним споровима реч, будући да они своје коначно и обавезујуће решење добијају пред њеним правосудним органима. У том се смислу може закључити да је конституционализација начела поверених овлашћења проширила и консолидовала правни оквир решавања тих спорова и да је оставила довољно простора да правосудне институције ЕУ својим деловањем надаље кристалишу његов домашај и садржину.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Bermann, G. A., „Competences of the Union“, *European Union Law for the Twenty-First Century* (eds. T. Tridimas, P. Nebbia), Hart Publishing, Oxford 2004.

Blumann, C., Dubouis, L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec LexisNexsis, Paris 2010.

Chalmers, D., Tomkins, A., *European Union Public Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.

Crage, P., Burca, G., *European Union law: Texts, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford 2003.

Engstrom, B., „How to Tame the Elusive: Lessons from the Revision of the European Union Flexibility Clause“, *International Organizations Law Review* 2/2010.

Geiger, R., Khan, D. E., Kotzur, M., *European Union Treaties – a Commentary*, C. H. Beck-Hart, Oxford 2015.

Hartley, T. C., *The Foundations of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford 2014.

Isaac, G., Blanquet, M., *Droit général de l’Union européenne*, Sirey, Paris 2012.

Jacqué, J. P., *Droit institutionnel de l’Union européenne*, Dalloz, Paris 2012.

Кнежевић-Предић, В., Радивојевић, З., *Како настаје и делује право Европске уније*, Службени гласник, Београд 2009. (Knežević-Predić, V., Radivojević, Z., *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, Službeni glasnik, Beograd 2009)

Кнежевић-Предић, В., Радивојевић, З., „Уговорна способност Европске уније: шест деценија после“, *Српска политичка мисао* 1/2018. (Knežević-Predić, V., Radivojević, Z., „Ugovorna sposobnost Evropske unije: šest decenija posle“, *Srpska politička misao* 1/2018)

Konstadinides, T., „Drawing the line between Circumvention and Gap-Filling: An Exploration of the Conceptual Limits of the Treaty’s Flexibility Clause“, *Yearbook of European Law* 2012.

Кошутић, Б., Ракић, Б., Милисављевић, Б., *Увод у право европских интеграција*, Правни факултет, Београд 2013. (Košutić, B., Rakić, B., Milisavljević, B., *Uvod u pravo evropskih integracija*, Pravni fakultet, Beograd 2013)

Lenaerts, K. *et al*., *European Union Law*, Sweet & Maxwell, London 2011.

Meškić, Z., Samardžić, D., *Pravo Evropske unije I*, TDP – GIZ, Sarajevo 2012.

Misita, N., *Osnovi prava Evropske unije*, Pravni fakultet, Sarajevo 2007.

Piris, J. C., *The Constitution for Europe: A Legal Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.

Радивојевић, З., „О имплицитној уговорној способности међународних организација", *Годишњак Правног факултета у Сарајеву* 1989. (Radivojević, Z., „O implicitnoj ugovornoj sposobnosti međunarodnih organizacija", *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* 1989)

Радивојевић, З., *Уговори међународних организација у међународном јавном праву*, СКЦ, Ниш 1996. (Radivojević, Z., *Ugovori međunarodnih organizacija u međunarodnom javnom pravu*, SKC, Niš 1996)

Радивојевић, З., Кнежевић Предић, В., *Институције Европске уније*, Свен, Ниш 2008. (Radivojević, Z., Knežević Predić, V., *Institucije Evropske unije*, Sven, Niš 2008)

Rossi, L. S., „Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences between EU and Member States?", *EU Law after Lisbon* (eds. A. Biondi, P. Eechout, S. Ripley), Oxford University Press, Oxford 2012.

Sauron, J. L., *Comprendre le Traité de Lisbonne. Texte consolidé intégrale des traités, explications et commentaires*, Gualino Editeur, Paris 2007.

Schutze, R., „Organizad Change Towards an 'Ever Closer Union': Article 308 and the Limits to the Community Competences", *Yearbook of European Law* 2003.

Schutze, R., „The European Community's Federal Order of Competence: A Retrospective Analysis", *50 Years of the European Treaties: Looking Back and Thinking Forward* (eds. M. Dougan, S. Currie), Hart Publishing, Portland 2009.

Schutze, R., „EU Competences Existence and Exercise", *The Oxford Handbook of European Union Law* (eds. A. Arnull, D. Chalmers), Oxford University Press, Oxford 2015.

Shermers, H. G., Blokker, N. M., *International Institutional Law – Unity within diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston – Leiden 2003.

Show, M., *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2008.

Vesna Knežević Predić, PhD

Full Professor
University of Belgrade, Faculty of Political Sciences

Zoran Radivojević, PhD

Full Professor
University of Niš, Faculty of Law

THE LIMITS OF THE EUROPEAN UNION'S COMPETENCE – THE PRINCIPLE OF CONFERRAL

Summary

The limits of EU competencies are determined by the principle of conferral, which is a fundamental principle of the law of international organizations. According to this principle, the Union has no general and unlimited competence, but disposes only of the powers entrusted to it by the Member States according to the founding treaty. Although it has never been disputed and challenged, this principle entered the founding treaties of the former European Communities and the current EU at a very slow pace and with considerable difficulty. In the initial stage of European integration, the treaty framers did not consider it necessary to incorporate the principles on the delimitation of competencies between the EC and the Member States, i.e. the principle of vertical division of power. As the basic principle for determining the limits of competencies of these organizations, the principle of conferral was for the first time explicitly mentioned in the Treaty establishing the EU. Thus, it became the basic principle of communitarian law, but not of the entire EU law. The constitutionalization of the principle of conferral ensued within the reform implemented by the Lisbon Treaty, when it has become a constitutional principle of the entire EU.

After reviewing the provisions explicitly referring to or elaborating on this principle, the authors focus on the concept of implied powers and the flexibility clause, which have been modelled in the post-Lisbon era. The former, taken from the jurisprudence of the Court of Justice, has enabled the EU to exercise competencies other than those it had been explicitly entrusted, which may stem from correlating the founding treaty to a legally relevant fact, such as the objective and *effet utile* of its provisions. The latter, however, implies a residual power that can be used in the absence of a specific legal basis when there is an agreement between the Member States and the EU institutions on the need for action in order to achieve one of the goals stipulated by the founding treaties. The authors'

discussion on the limits of EU competencies is followed up by exploring the types of powers, based on the classification adopted in the Lisbon Treaty. This typology, which relies on the previous practice of the EU, distinguishes exclusive and non-exclusive powers. The second category includes shared, complementary and coordinating powers.

Key words: *EU competence. – Principle of conferral. – Implicit powers. – Flexibility clause. – Exclusive and non-exclusive powers.*

Article history:
Received: 25. 5. 2018.
Accepted: 10. 9. 2018.

УДК 340.141:341.229

CERIF: S151

Др Борис Кривокапић*

ОБИЧАЈИ КАО ИЗВОРИ МЕЂУНАРОДНОГ КОСМИЧКОГ ПРАВА

Рад има два основна дела. У првом је дат кратак осврт на обичајна правила као један од најважнијих извора међународног права. У централном, другом делу, рад се бави обичајима као делом међународног космичког права. Ту су обрађена питања, као што су: тренутак настанка обичајних правила у међународном космичком праву (проблем „инстант" обичаја), улога обичајних правила у међународном космичком праву, докази о универзалним обичајима у међународном космичком праву, садржина обичаја који су део међународног космичког права, проблеми у вези са обичајима који су део међународног космичког права (укључујући и опасност злоупотребе) и перспективе обичаја као извора међународног космичког права. Наводећи многе аргументе који то потврђују, аутор закључује да ће из много разлога међународни правни обичаји и даље бити не само потребни и корисни, већ ће остати међу најважнијим изворима космичког права, с тим што ће се уз постојеће јављати и развијати и нови обичаји.

Кључне речи: *Међународно право. – Извори права. – Обичаји. – Космичко право. – Космос.*

* Аутор је редовни професор Пословног и правног факултета Универзитета „Унион – Никола Тесла" у Београду и професор Правног факултета Самарског националног универзитета „С. П. Корољов" у Самари, Русија, *krivokapicboris@yahoo.com.*

1. ОБИЧАЈНА ПРАВНА ПРАВИЛА КАО ИЗВОРИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

1.1. Међународноправни обичаји

И данас је део односа у међународној заједници регулисан обичајним правом.[1] Штавише, обичаји су, уз уговоре, најважнији извори савременог међународног права.[2]

Ствар је у томе што, и поред одређених слабих страна, обичаји нуде и предности које нису својствене другим изворима међународног права.

Мане обичаја су очигледне – као неписани извори права они постоје само у свести односних субјеката, што значи да сваки од њих неретко има макар донекле другачију слику о њиховој садржини; они су недовољно прецизни јер уређују само основна, начелна, а не и пратећа питања, чије је дефинисање често неопходно за примену самог обичаја; понекад није јасно да ли је обичај већ настао или је у процесу настанка односно да ли је можда већ нестао (*desuetudo,* изобичавање) итд.

С друге стране, обичаји имају и бројне важне предности, што се најбоље види у њиховом поређењу са међународним уговорима. Они су много више повезани са праксом, а мање са дневном политиком, те су стабилнији и дуговечнији од уговора. Мада то на први поглед може изгледати противречно, они су истовремено и еластичнији од уговора јер се, када је то потребно, лакше прилагођавају новим околностима. Стога често попуњавају празнине у уговорном праву. Чак и у материјама у којима је извршена свеобухватна кодификација они задржавају специфичну предност која се огледа у томе што су, за разлику од уговора (који везују само државе које су вољне да се њима обавежу), универзални обичаји обавезни за све.

Улога обичајних правила незамењива је у свим областима међународног права, с тим што је у некима израженија него у другима.[3]

---

[1] Борис Кривокапић, „Обичајна правна правила у међународном праву“, *Мегатренд ревија* 3/2012, 35–81.

[2] Осим када је другачије изричито назначено, под обичајима имамо у виду правно обавезујућа правила понашања, што значи међународноправне, а не просте (обичне, необавезујуће) обичаје.

[3] Верује се да ће значај обичаја расти у најмање три области: 1) у вези са појавом нових економских интереса и на њима заснованих захтева који не могу бити задовољени довољно брзо закључењем уговора (као што је, на пример, био случај у праву мора у погледу епиконтиненталног појаса и искључиве економске зоне), 2) на пољу најважнијих политичких и институционалних сукоба и неслагања међу државама које је тешко превладати уговорним путем (на пример, фактичка ревизија чл. 27/3 Повеље УН у вези са гласањем сталних чланова Савета безбедности) и 3) у вези са ажурирањем и разрадом оних делова обичајног међународног права

Обичаји настају и развијају се и данас.[4] Посебно место имају у материји космичког права.

1.2. Елементи

Због специфичности односа који настају у космосу и у вези са њим и неизбежног помињања теорије о тзв. инстант обичајима, у најкраћим цртама треба подсетити на конститутивне елементе међународног обичаја.

У члану 38/1/b Статута Међународног суда правде наводи се да су међународни обичаји „доказ опште праксе која је прихваћена као право“. Тиме се указује на то да обичај има два елемента: 1) материјални или објективни, који се своди на постојање *опште праксе*, и 2) психички или субјективни, који се огледа у захтеву да постоји *свест о правној обавезности* поштовања датог правила.[5]

О општој пракси може се говорити онда када постоји непротивречна пракса довољно дуготрајног понављања од довољно великог броја субјеката (у првом реду држава). У оба случаја реч је о правним стандардима („довољно дуготрајно“, „довољно велики број“), а не прецизно дефинисаним категоријама.

Ближе гледајући, не захтева се да односни акт понављају све државе већ да то чини само довољно велики број њих. Неке међу њима у настанку обичаја учествују активно (понављајући акт) а друге пасивно (не противећи се). Управо то је карактеристично за материју космичког права, где чак и данас само ограничени круг земаља стварно учествује у освајању васељене.

С друге стране, премда је потребно да се општа пракса понавља у довољно другом периоду, нема правила о његовој дужини. Раније је за настанак обичаја требало да прођу деценије, али у наше време, у складу са знатно бржим темпом живота, обичаји настају и за свега неколико година. И за то је добар пример материја космичког права.

Када је реч о другом елементу – свести о правној обавезности, он се своди на захтев да субјекти међународног права поступају у складу са обичајним правилима зато што сматрају да су правно дужни да их поштују. То се означава латинским изразом *opinio juris sive necessitatis* или, скраћено, само *opinio juris*.

које новонастале државе сматрају прихватљивим под условом да се изврши извесна ревизија и да се дају одређена разјашњења (на пример, нека од правила ратног права, односно права међународних уговора). Antonio Cassese, *International Law,* Oxford University Press, Oxford 2001, 125–126.

[4] Michael P. Scharf, „Accelerated Formation of Customary International Law“, *ILSa Journal of International & Comparative Law* 2/2014, 305–341.

[5] О елементима обичаја и разним теоријама у вези са њима: Бојан Милисављевић, *Међународно обичајно право*, Београд 2016, 28–39, 45–70.

По томе се међународноправни обичаји разликују од неких сличних правила понашања, као што су прости обичаји или правила куртоазије, која јесу уходана у пракси, али их не прати свест о правној обавезности. Стога, ако се та правила прекрше, то може да доведе до погоршања односа између држава, али не и до међународноправне одговорности, јер међународно право није повређено. Напротив, кршење међународноправних обичаја представља кршење међународног права, што отвара питање међународноправне одговорности прекршиоца.

1.3. Врсте међународних обичаја

Међу разним могућим класификацијама међународних правних обичаја, две су посебно важне.

Прва, која је врло раширена, за основу има круг субјеката које обичај обавезује. Према њој сви обичаји се деле на *универзалне* (свеопште) и *посебне* (партикуларне), с тим што први „важе за све државе, а други само за мањи скуп њих“.[6] Посебно је важна чињеница да, за разлику од међународних уговора који везују само стране које су их изричито прихватиле, универзална обичајна правна правила имају обавезну снагу за све, па и за државе које су настале након њиховог формирања. Једини пут за државу која жели да за њу не важи универзални обичај јесте да му се упорно, доследно противи још у време његовог рађања (тзв. упорни приговарач).[7] Напротив, посебни обичаји важе само у одређеном кругу држава – оних које припадају неком географском региону, које спаја нека идеолошка или културолошка повезаност и слично. Обавезност тих обичаја зависи од тога да ли је субјект о којем је реч учествовао у настанку обичаја и прихватио дато правило као обавезно или не.

Овде ћемо понудити још једну поделу, која се најчешће превиђа. Премда користи сличне називе, она почива на другачијем критеријуму – на пољу примене обичаја односно његовом месту у међународноправном поретку. Наиме, неки обичаји важе у свим или макар већини грана међународног права (на пример, правила о сувереној једнакости држава, о забрани силе у међународним односима итд.), док су други специфични за одређене области међународног права – за дипломатско право, право мора, право оружаних сукоба итд.

---

[6] Anthony D'Amato, „The Concept of Special Custom in International Law“, *American Journal of International Law* 2/1969, 212.

[7] Jonathan Charney, „The Persistent Objector Rule and the Development of Custromary International Law“, *British Year Book of International Law* 56(1)/1985, 1–24; David A. Colson, „How Persistent Must the Persistent Objector Be?“, *Washington Law Review* 3/1986, 957–970; James A. Green, *The Persistent Objector Rule in International Law*, Oxford University Press, Oxford 2016.

(на пример, правила о слободи отвореног мора, о неутралности итд.). Први би се могли назвати *општим* или *генералним*, а други *посебним* или *специфичним*. У космичком праву налазимо и једне и друге.

2. ОБИЧАЈИ И МЕЂУНАРОДНО КОСМИЧКО ПРАВО

2.1. Тренутак настанка првих обичајних правила космичког права

На први поглед може да изненади податак да су обичајна правна правила узидана у саме темеље једне тако младе гране међународног права као што је космичко право.[8] Принципи о слободи космичких летова односно слободи истраживања и коришћења космоса настали су обичајним путем, а тек касније су преточени у међународне уговоре.

Та појава је изазвала занимљиву научну полемику. Наиме, брз настанак нових обичајних правила у материји младог космичког права инспирисао је неке теоретичаре да тврде да у наше време постоје и тренутни, „инстант" међународни обичаји.

Укратко, када је 4. октобра 1957. године СССР лансирао први вештачки сателит (*Спутник 1*, лоптасто тело, пречника 58 cm), он је летео кроз просторе који су према класичном међународном праву начелно били под суверенитетом других држава.[9] И премда је сателит за 92 дана, колико је био активан, летећи на висини између 228 и 947 километара, обишао Земљу 1.440 пута (затим је ушао у горње слојеве атмосфере и изгорео) није било протеста других држава. Није их било ни када је лансиран други совјетски сателит (*Спутник 2*, 3. новембра 1957) нити када се у свемир отиснуо први сателит САД (*Explorer 1*, 31. јануара 1958). Напротив, чланице Уједињених нација су убрзо посредством Резолуције 1348 (III) од 13. децембра 1958. и наредних резолуција Генералне скупштине изразиле своје правно убеђење о слободи истраживања и коришћења космоса.

То је навело део доктрине на закључак да је настао нови међународноправни обичај и да се то догодило одмах, тренутно, чим је лансиран први сателит.

Ченг, који се сматра родоначелником теорије о тренутним („инстант") обичајима, истакао је три закључка: 1) обичаји имају само

---

8 Под космичким правом имамо у виду међународно космичко право као део међународног права. Поједине државе имају своје унутрашње прописе из те материје, своје „национално космичко право".

9 До тада се сматрало да се суверенитет државе протеже изнад њене територије све до бескраја свемира. Међутим, такав приступ никада није био исправан. Пошто се Земља врти око Сунца и око себе, то би значило да се стално мења „одсечак" космоса који припада некој држави, што је бесмислено.

један конститутивни елемент – *opinio juris*; 2) обичаји (стога) могу настати тренутно, одмах, и 3) резолуције Генералне скупштине УН о космосу које су уследиле у наредним годинама немају обавезујућу снагу, али могу послужити као доказ настанка таквог „инстант“ међународноправног обичаја.[10]

Идеју о томе да обичаји могу настати тренутно он је поновио и много година касније[11], а прихватили су је и неки други теоретичари.

Ипак, већина је остала традиционално опредељена, истичући да, премда нема дефинисаног минимума времена потребног за настанак обичаја, неко време ипак треба да протекне.[12] Такав је став и аутора ових редова.

Пре свега, не може се прихватити резоновање да је у том случају због тога што није било протеста осталих држава одмах постојао *opinio juris*, те да је тако настао и „инстант“ обичај. Ово зато што су, осим када су непосредно угрожени њихова безбедност или други витални интереси, државе склоне да сачекају са реакцијама, посебно када им није довољно јасно какво је стварно чињенично стање, куда односни догађаји воде и какав ће став заузети остали чланови међународне заједнице. Другим речима, то што се нису одмах огласиле заправо је нешто што се могло очекивати, а не обавезно знак пристанка.

Због тога се у том случају о настанку новог обичаја може говорити тек након усвајања резолуција Генералне скупштине које су га учиниле несумњивим. Оне су заиста донете брзо, али ипак после одређеног времена након лансирања не само првог, већ и неколико наредних сателита. Тек су тим актима државе изразиле своје правно убеђење (*opinio juris*) о слободи космичких летова, односно истраживања и коришћења космоса, тако да је тек тада дефинитивно формирано одговарајуће обичајно правно правило. Прва међу њима, Резолуција 1348 (XIII) усвојена је 13. децембра 1958, што значи више од годину дана након лансирања првог, али и другог совјетског

---

[10] Bin Cheng, „United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law?“, *Indian Journal of International Law* 5/1965, 36–45.

[11] Bin Cheng, „Custom: The Future of General State Practice in a Divided World“, *The Structure and Process of International Law Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (eds. R. St. J. Macdonald, Douglas M. Johnston), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague – Boston – Lancaster 1986, 535–536.

[12] О концепту и критици „инстант“ обичаја: Andrew T. Guzman, „Saving Customary International Law“, *Michigan Journal of International Law* 1/2005, 157–159; Niels Petersen, „Customary Law Without Custom? Rules, Principles and the Role of State Practice in International Norm Creation“, *American University International Law Review* 2/2008, 281–283; Michael P. Scharf, 305–341; Boris Krivokapić, „On the Issue of So-called ‘Instant’ Customs in International Law“, *Acta Universitatis Danubius, Administratio* 1/2017, 81–98.

сателита и скоро годину дана после лансирања првог америчког сателита. Остале резолуције су, разуме се, донете још касније.[13]

Према томе, чак и да се узме да је *opinio juris* чланица УН изражен већ у Резолуцији 1348 (XIII)[14], то се није догодило тренутно, истовремено са лансирањем првог сателита, па ни у наредним данима или месецима.

Постоје и аргументи начелне природе. Добро је примећено да артикулисана обавеза без праксе није ништа друго него реторика, а да је пракса држава без *opinio juris* само прост обичај.[15] С тим у вези, ако нема обичаја без праксе, утолико је теже замислити да он (без опште праксе) настане – тренутно!

Уосталом, идеја о „инстант" обичајима супротна је самој природи било каквог, а посебно правног обичаја. „Тренутно" и „уобичајено" не могу да иду заједно, руку под руку. Одређено понашање по природи ствари мора да траје неко време, иначе није обичај.

2.2. Улога обичаја у космичком праву

Обичајна правна правила која су настала после првих продора у свемир била су пуних десет година једине норме космичког права.[16]

То је уједно показало важну предност обичаја. Јер да се са лансирањем првог свемирског објекта чекало до закључења универзалног уговора о космосу, тај споразум сасвим сигурно не би ступио на снагу онда када се то догодило, већ много касније.

---

[13] Друга по реду, Резолуција 1472 (XIV) усвојена је 12. децембра 1959, а остале тек 1961. године и касније.

[14] Питање је да ли би се Резолуција заиста могла узети као чврст доказ о ставу чланица УН да су дозвољени индивидуални космички летови држава. У њој се истиче међународна димензија освајања космоса – признаје општи интерес човечанства у космосу, наглашава да космос може бити коришћен само у мирољубиве сврхе, подржава истраживање и коришћење космоса у интересу човечанства, наглашава значај међународне сарадње у томе итд., а затим се оснива *ad hoc* Комитет за мирољубиво коришћење космоса. Нигде нема ни речи о појединачном праву држава на космичке активности. У најбољем случају, његово посредно признање може се тражити у чињеници да нису осуђена лансирања вештачких сателита. У том погледу много је конкретнија тек Резолуција 1721 (XVI), у којој се, између осталог, изричито помињу „државе које лансирају објекте у орбиту и иза ње", позивају се да о томе посредством генералног секретара УН обавесте Комитет за мирољубиво коришћење космоса итд. Она је, међутим, усвојена тек 1961, што значи четири године након лансирања првог сателита. Текстове резолуција вид. у: *General Assembly Resolutions*, *http://www.un.org/en/sections/documents/generalassembly-resolutions/index.html*, 17. март 2018.

[15] Edward T. Swaine, „Rational Custom", *Duke Law Journal* 3/2002, 567–568.

[16] Уговор о космосу отворен је за потписивање 27. јануара 1967, а већ 10. октобра 1967. године ступио је на снагу.

Обичајна правила која су настала након лансирања првих сателита одиграла су двоструку улогу – утврдила су одређене за све прихватљиве принципе у вези са слободом истраживања и коришћења космоса и истовремено послужила као одскочна даска за развој космичког права као нове гране међународног права. Она су, између осталог, допринела усвајању односних уговора и утицала на њихову садржину.

Посебно је важно то што су обичајна правила у тој области од самог почетка имала универзални карактер.[17] С правом се примећује да је једна од карактеристика космичког права одувек била тенденција да се његове норме наметну као апсолутно обавезне за све, као *jus cogens*.[18]

Догодило се још нешто. Најважнија решења Уговора о космосу (1967) и других релевантних споразума постала су релативно брзо део универзалног обичајног космичког права и самим тим обавезна за све.[19] Дакле, обичаји су послужили као основа за уговоре, а онда је круг затворен тако што су одређена уговорна правила и принципи прерасли у универзалне обичаје.

Може се рећи да у овој фази развоја космичког права постојећи обичаји представљају једну врсту спасоносног решења из најмање два разлога.

С једне стране, када не би било њихове универзалне обавезности, део држава могао би да оспорава било какве правне оквире. Али то би онда изазвало исти такав одговор других. Другим речима, претила би опасност да ти односи остану нерегулисани, што би био пут у безгранични спорове и сукобе.

С друге стране, универзални обичаји, премда обавезни за све, по природи ствари су више принципи него прецизне норме. И изгледа да управо то одговара државама. У ситуацији када нико не зна шта нас чека у дубинама космоса и на небеским телима која се у њима крију, оне се нерадо обавезују уговорним путем, не желећи да детаљним нормирањем себи унапред вежу руке. Свесне да прави развој космичких активности тек предстоји, радије чекају да виде расплет

[17] Може се говорити и о нормама посебног (партикуларног) обичајног права у тој материји, посебно у вези са питањима рада међународних организација специјализованих за истраживање и коришћење космоса, сарадње у вези са међународним орбиталним станицама и слично. Ипак, основни принципи космичког права утврђени су универзалним обичајним правом.

[18] G. S. Sachdeva, „Select Tenets of Space Law as *Jus Cogens*", *Recent Developments in Space Law* (eds. R. Venkata Rao, V. Gopalkrishnan, Kumar Abhijeet), Springer, Singapore 2017, 7–26.

[19] Разуме се, нису ти уговори као такви постали обавезни за државе које их нису изричито прихватиле већ су такву снагу добили принципи и правила који су њима формулисани.

догађаја и да онда процене каква им је кодификација у тој материји потребна. У томе, према свему судећи, треба тражити неке од разлога због којих већ четрдесет година нема новог универзалног споразума у тој материји, а тим пре нема ни њене целовите кодификације.

2.3. Докази о универзалним обичајима у космичком праву и њиховој садржини

Главни проблем са обичајима као изворима међународног права јесте у томе што може бити спорно да ли је обичај на снази (да ли је заиста настао, односно да ли је можда већ престао да постоји) и која је његова садржина. Стога се поставља питање где тражити обичаје у космичком праву, односно потврду њиховог постојања и садржине?

Пре свега, нема сумње да су ти обичаји она најважнија начела која су још пре пола века дефинисана резолуцијама Генералне скупштине УН.

Међутим, с правом се може приметити да су делом обичајног права постали и одређена правила и принципи, садржани у најважнијим вишестраним уговорима у тој материји – Уговору о космосу (1967), Споразуму о спасавању (1968), Конвенцији о одговорности (1971), Конвенцији о регистровању (1974) и, мада се то не може рећи за сва његова решења, Споразуму о Месецу (1979).[20]

Треба узети у обзир и односна правила и принципе вишестраних међународних споразума који се баве неким посебним питањима у вези са космичким активностима, као што су Уговор о забрани експеримената са нуклеарним оружјем у атмосфери, космосу и под водом (1963), Конвенција о дистрибуцији сигнала за пренос програма преко сателита (1974) и др.

Да би могло да се констатује да конкретно решење садржано у тим документима представља међународноправни обичај, треба да се утврди да истовремено постоје оба конститутивна елемента – и општа пракса и *opinio juris*.

1. Општа пракса. – О њој се може говорити онда када је јасно да се односна решења заиста остварују. За потврду начела о слободи истраживања и коришћења космоса било је довољно лансирање

[20] Званични називи тих споразума су: Уговор о начелима којима се регулише делатност држава у области истраживања и мирољубивог коришћења космоса, укључујући Месец и друга небеска тела (1967), Споразум о спасавању космонаута, повратку космонаута и враћању предмета избачених у космос (1968), Конвенција о међународној одговорности за штету проузроковану космичким објектима (1971), Конвенција о регистровању објеката лансираних у свемир (1974) и Споразум о делатностима држава на Месецу и другим небеским телима (1979).

првих сателита. У међувремену пракса је значајно обогаћена, обухвативши све веће коришћење сателита[21] и истраживачких сонди, слање у свемир ракета и орбиталних станица са људском посадом, посете Месецу, припрему колонизације Месеца и Марса итд. То, истина, остварује мали број држава[22], али уз макар пасивно, а све више и активно учешће других земаља. Заправо, све је већи број држава које, премда нису у стању да самостално врше космичке активности, користе услуге сателита других земаља, па чак и у туђим ракетама шаљу своје космонауте (астронауте) или учеснике свемирског лета.[23]

О општој пракси може се говорити и у вези са неким другим питањима. Тако, на пример, премда се на Месец прва спустила совјетска сонда, а једини до сада искрцали Американци[24], владе СССР и САД нису истакле захтеве да га национално присвоје; државе поштују забрану стационирања у космосу оружја за масовно уништење; већ пола века у космосу није било тестирања нуклеарним оружјем[25]; поштује се начело мирољубивог коришћења космоса, схваћено као забрана агресивних поступака[26]; државе су

[21] Око Земље кружи више од 3.300 вештачких сателита, сваке године се лансира око 80 нових. Премда је сателите самостално лансирало 12 држава, још око 70 њих има своје сателите лансиране туђим ракетама, а још око 40 земаља изнајмљује туђе сателите.

[22] Државе које су самостално лансирале сателите или друге космичке објекте називају се космичким силама. Сопственим снагама сателите су лансирале (у загради је година првог лансирања): СССР, односно Русија (1957), САД (1958), Француска (1965), Јапан (1970), Кина (1970), Велика Британија (1971), Индија (1980), Израел (1988), Украјина (1992), Иран (2009), Северна Кореја (2012), Јужна Кореја (2012) и Аустралија (2018). Само три државе су у свемир сопственим ракетама слале људе – СССР, односно Русија, САД и Кина.

[23] Термин „космонаут" настао је у СССР, а „астронаут" у САД (од грч. *kosmos*, свемир, односно *astron*, звезда + *nautes*, морепловац). Оба назива се односе на путнике у свемир, с тим што се у ужем смислу имају у виду само лица која је обучила, опремила и у мисију у космос послала влада неке државе. Друга лица која путују у свемир (космички туристи, новинари итд.) називају се учесницима космичког лета или комерцијалним космонаутима.

[24] Први људском руком направљени објекат који је стигао до Месеца био је совјетски свемирски брод без посаде „Луна 2" који се 14. септембра 1959. спустио у области Мора кише. Једина слетања људи била су у оквиру програма *Аполо* (*Apollo*) када је у периоду 1969–1972. Месец посетило шест америчких посада.

[25] Има основа за тврдњу да су решења Уговора о забрани експеримената са нуклеарним оружјем у атмосфери, космосу и под водом (1963) прерасла у обичајно право. До његовог закључења и СССР и САД извршили су бројне пробе атомског оружја у горњим слојевима атмосфере, а имали су (још од 1958) и тајне планове да на Месецу активирају нуклеарне бомбе.

[26] Истини за вољу, америчка НАСА је 9. октобра 2009. (мисија *LCROSS*) с две ракете гађала Месец у пределу кратера Кабео. Званично, то је учињено да би се утврдило да ли ће се у створеној рупи и избаченим деловима открити трагови

надокнађивале штету коју су другима причинили њихови космички објекти[27] итд.

С тим у вези, могле би се ставити три врсте приговора: 1) да је заправо реч о остваривању уговорних, а не обичајних решења; 2) да то није општа пракса јер у њој учествује само мали број држава и 3) да та пракса не обухвата све односе у погледу којих се тврди да су успостављени обичаји.

У вези са првим приговором, тачно је да су наведени примери у складу са обавезама преузетим односним уговорима. Међутим, не би требало да буде спора ни о томе да су најважнија решења тих уговора прерасла у део универзалног обичајног права.

Када је реч о другом приговору, треба подсетити да у настанку обичаја неке државе учествују активно, а друге пасивно – не противећи се, не предузимајући радње да спрече њихов настанак. Тако нико не спори да је међународни обичај о слободи свемирских летова настао убрзо након лансирања првих сателита, премда су у то време само две државе заиста оствариле продор у космос. Објективна је реалност да ни данас већина држава не може самостално да врши космичке активности, али је чињеница и то да оне не покушавају да у томе спрече друге. Уосталом, могло би се макар условно рећи да један вид радње којом се манифестује општа пракса представља и ратификовање или макар потписивање односних уговора, као и гласање за одговарајуће резолуције Генералне скупштине УН. Наиме, тачно је да су то пре свега докази о постојању *opinio juris*, али је тачно и да су то конкретни кораци предузети са циљем да се омогуће материјални акти (остваривање предвиђених решења).[28]

Констатација да усвајање односних резолуција Генералне скупштине УН, тим пре консензусом, и улазак великог броја држава у чланство релевантних уговора могу да се посматрају и као један вид праксе, посебно важи за она правила космичког права која се сматрају обичајним, премда још нису потврђена у стварном животу

залеђене воде. И заиста, нађене су значајне количине воде. То је битно у склопу припрема за подизање сталне базе на Месецу.

[27] Најпознатији је случај пада совјетског шпијунског сателита *Космос 954* на територију Канаде 1978. године. Жртава није било, али пошто је сателит био на нуклеарни погон, проузроковао је радиоактивно загађење подручја у које је пао, те је СССР на име одштете исплатио Канади договорена три милиона канадских долара.

[28] Можемо запазити фину разлику између ситуације када се *opinio juris* утврђује посредно, на основу понашања држава, и оне која постоји када је он изражен наоко посредно, а заправо изричито, као што је овде случај. Усвајање уговора односно резолуције Генералне скупштине представља једну врсту заједничке активности, први напор ка оживотворењу односних решења, па тако у извесном смислу и један вид праксе.

и питање је да ли ће се и када то уопште догодити.[29] Пример је решење према којем ће се у случају сусрета са ванземаљцима космонаути сматрати изасланицима човечанства (што, према свему судећи, подразумева и њихово, колико год било ограничено, право да воде неке преговоре, закључују неке споразуме и слично). До таквог сусрета још није дошло (нема, дакле, праксе) па ипак има основа да се сматра да је то решење део обичајног права.

2. Opinio juris. – Њега доказује већ проста чињеница да су решења која су настала у пракси убрзо потврђена одлукама Генералне скупштине УН, као органа у којем су заступљене практично све државе света и да су, посебно, нешто касније потврђена и разрађена универзалним међународним уговорима који су већ дуго на снази и имају велики број чланица.

Уосталом, занимљив је број чланица најважнијих уговора, као и држава које су их само потписале, чиме су, чак и ако још нису прихватиле коначну обавезу, признале да односна решења сматрају правом. Првог јануара 2018. Уговор о космосу (1967) имао је 107 чланица уз још 23 државе које су га потписале (укупно 130); Споразум о спасавању (1968) – 96 чланица и 23 потписнице (укупно 119); Конвенција о одговорности (1972) – 95 чланица и 19 потписница (укупно 114); Конвенција о регистровању (1974) – 67 и три потписнице (укупно 70) и Споразум о Месецу (1979) 18 чланица и четири потписнице (укупно 22).[30]

Осим тога, Уговор о забрани експеримената са нуклеарним оружјем у атмосфери, космосу и под водом (1963) имао је 126 чланица

[29] Могло би се закључити да се овде приклањамо теорији о „инстант“ обичајима јер у крајњој линији пристајемо на то да обичај може настати и без опште праксе. Није тако. Најважније обичајно правило у тој материји, оно о слободи истраживања и коришћења космоса, родило се када су настала оба његова елемента – пракса (лансирање првих сателита) и *opinio juris* (манифестован у резолуцијама Генералне скупштине УН). Остали односни обичаји су у неку руку само његова потврда и „разрада“ и углавном су се развили прерастањем одређених одредаба релевантних уговора у обичајно право. При томе конкретни кораци, као што су иницијатива за закључење уговора, преговори, усвајање текста уговора, доследно поштовање уговора од уговорница, односно неоспоравање његових решења од држава које нису чланице уговора итд. сведоче не само о *opinio juris*, већ и о некаквој општој пракси.

Уосталом, и Међународни суд правде је у неким случајевима заузимао флексибилан став и неко правило проглашавао обичајним не упуштајући се у утврђивање да ли постоји општа пракса (односно, без прикупљања доказа у прилог тој тврдњи). Bojan Milisavljević, Bojana Čučković, „Identification of Custom in International Law“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2014, 46–49.

[30] *Status of International Agreements relating to activities in outer space as at 1 January 2018, Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, A/AC105/C.2/2018/CRP.3, 9 April 2018, www.unoosa.org/documents/pdf/ spacelaw/treatystatus/AC105_C2_2018_CRP03E.pdf*, 20. мај 2018.

и 11 потписница (укупно 137), а Конвенција о дистрибуцији сигнала за пренос програма преко сателита (1974) 38 чланица и 10 потписница (укупно 47).[31]

Овде су важна два момента.

Пре свега, број чланица свих релевантних споразума расте из године у годину. Тај раст је релативно спор, али је сталан.

С друге стране, треба водити рачуна о томе да је, за разлику од неких других материја (дипломатско право, уговорно право, људска права, право оружаних сукоба итд.), космичко право специфична област, која реално не интересује подједнако све државе света. То што неке земље нису похрлиле у чланство одређених споразума не значи да су оне против решења која су њима утврђена, већ да прихватање тих инструмената не спада у приоритете њихове спољне политике. У мери у којој се развијају и постају способне да макар посредно учествују у освајању космоса и те државе постепено улазе у чланство односних међународних уговора.[32]

Имајући све то у виду може се приметити да део универзалног обичајног међународног права несумњиво представљају најважнија правила и принципи Уговора о космосу (1967) и Споразума о спасавању (1968), а врло вероватно и Конвенције о одговорности (1972) и Конвенције о регистровању (1974). Премда та два последња споразума није ратификовала ни половина чланица УН, чињеница је да су њихова решења у складу са релевантним резолуцијама Генералне скупштине УН, те да их нико није оспоравао премда је протекло скоро пола века и, што у практичном смислу није ништа мање важно, да су међу чланицама тих конвенција водеће космичке силе.[33]

Напротив, мора се признати да за сада нису постали део универзалног обичајног права одређене норме и принципи Споразума о Месецу (1979). Ово како због малог броја чланица и потписница, тако и због чињенице да међу њима нема ниједне водеће космичке силе – САД, Русије и Кине. И поред тога, не би требало да буде

[31] *Ibid*.

[32] Тако, на пример, Конвенција о регистровању има само 67 чланица не због тога што су њене одредбе спорне, већ зато што уређује конкретна питања (регистровање космичких објеката) која у овом тренутку не дотичу већину земаља, пошто још дуго неће бити у стању да самостално лансирају космичке објекте. За државе су од већег интереса Уговор о космосу (јер дефинише основне принципе), Споразум о спасавању (јер и на њихову територију може пасти страни свемирски објекат) и Конвенција о одговорности (јер и њима може бити причињена штета туђим космичким активностима).

[33] Од дванаест космичких сила, њих десет, на челу са Русијом, САД, Кином и Индијом, ратификовало је сва четири, Израел је ратификовао све споразуме сем Конвенције о регистровању, коју није ни потписао, а Иран је ратификовао Споразум о спасавању и Конвенцију о одговорности и потписао преостала два споразума.

спорно да и тај споразум садржи одређена обичајна правила и принципе – то у најмању руку важи за оне одредбе којима се понављају и прецизирају решења других уговора која су прерасла у универзално обичајно право.[34]

С друге стране, нормама обичајног права могу се сматрати и односна решења резолуција Генералне скупштине УН, посебно оних које су донете пре више од пола века. Премда сами по себи нису правно обавезујући, ти акти несумњиво представљају доказ о *opinio juris* у тој области.

У том погледу посебно место припада резолуцијама 1348 (XVIII) Питање мирољубивог коришћења космоса из 1958; 1472 (XIV) из 1959. и 1721 (XVI) из 1961, које се обе зову Међународна сарадња у мирољубивом коришћењу космоса, и 1961. (XVIII) Декларација о правима и принципима активности држава у истраживању и коришћењу космоса из 1963. године. Чињеница да су усвојене без гласања (консензусом) додатно указује на степен истоветности погледа чланица УН на односна питања (*opinio juris*).

Није до краја јасно да ли се и у којој мери то може рећи и за одлуке Генералне скупштине које су донете релативно недавно, као што су резолуције: 37/92/1982[35] Принципи коришћења од стране држава вештачких Земљиних сателита за међународни директан телевизијски пренос, 41/65/1986 Принципи који се односе на даљинско покривање Земље из космоса, 47/68/1992 Принципи који се тичу употребе извора нуклеарне енергије у космосу, 51/122/1996 Декларација о међународној сарадњи у истраживању и коришћењу космоса у корист и у интересу свих држава, са посебним вођењем рачуна о потребама земаља у развоју, 55/122/2000 Међународна сарадња у мирољубивом коришћењу космоса, 59/115/2004 Примена концепције *држава која лансира*, 62/101/2007 Препоруке за усавршавање праксе регистровања космичких објеката од стране држава и међународних међувладиних организација, 68/74/2013 Препоруке за национално законодавство које се односи на истраживање и коришћење космоса у мирољубиве сврхе и др. Решења неких од њих су вероватно прерасла у универзално обичајно право, док друге

[34] Споразум о Месецу нема далеко већи број чланица због тога што се неке земље противе томе да се концепт заједничког наслеђа (баштине) човечанства примени на космос (тај концепт је уграђен у Споразум). Bryon C. Brittingham, „Does the World Really Need New Space Law?“, *Oregon Review of International Law* 1/2010, 31–54.

[35] У периоду 1946–1975. донета је 3.541 резолуција, које су бројане у низу, једна за другом, с тим што је прво писан број резолуције, а у загради римским бројевима број заседања Скупштине на којем је она усвојена. Од 1976. користе се само арапски бројеви, с тим што се прво пише број заседања, затим број резолуције, а онда се у загради додаје година.

(на пример, препоруке из 2007. и 2013) представљају тзв. меко право, које делује ауторитетом органа који га је донео, али, строго узев, није правно обавезујуће.[36]

Посебан значај има чињеница да није било протеста против настанка обичајних норми у области космичког права и њихове садржине.

Једини случај протеста, који не само да није уродио плодом већ се претворио у потврду установљених обичајних правила, догодио се средином седамдесетих година прошлог века, када се осам екваторијалних држава успротивило присуству вештачких сателита у екваторијалном појасу. У свом заједничком документу (Декларација из Боготе, 1976) оне су тврдиле да Уговор о космосу (1967) којим се забрањује национално присвајање космоса није примењив јер не даје дефиницију космоса нити прецизира одакле се он простире, те да стога нема ни основа за тврдњу да геостационарна орбита спада у космос (тј. тврдиле су да та орбита или макар њен део припада њима), а уз то су истакле и да нема ни обичајног правила о слободи лансирања сателита.[37]

Да су се те државе огласиле крајем педесетих година прошлог века, када је обичајно правило о слободи истраживања и коришћења космоса било у повоју, и наставиле са оспоравањем, могле би да претендују на статус тзв. истрајног приговарача и да траже да сателити не лете изнад њихове територије. Међутим, оне су изашле са приговорима у време када више није било спорно постојање поменутог обичајног правила. Од лансирања првог сателита протекло је деветнаест година у којима се несметано и неоспоравано одвијала пракса лансирања вештачких сателита и других космичких објеката, па и оних са људском посадом. Штавише, шест од осам тих држава је још крајем шездесетих година потписало Уговор о космосу (1967), чији чланови I и II утврђују слободу истраживања и коришћења космоса и прецизирају да космос не сме бити предмет националног присвајања држава. Стога су друге државе, сасвим оправдано,

[36] Irmgard Marboe (ed.), *Soft Law in Outer Space: The Function of Non–Binding Norms in International Space Law*, Böhlau Verlag, Wien – Köln – Graz 2012; Борис Кривокапич, „Мягкое право в международном праве", *Composite Materials, Ecology, Information Technology, Economics and Law, ELaSa–2017, Proceedings* (ed. Mitar Lutovac), Tivat 2017, 55–62.

[37] С. П. Малков, *Источники космического права*, Санкт-Петербург 2002, 46–47; Г. П. Жуков, А. Х. Абашидзе (ред.), *Международное космическое право*, Москва 2014, 20–21; Вольфганг Граф Витцтум, Александер Прёльсс (ред.), *Международное право*, Москва 2015, 614–615; James A. Green, 140–142; Ferdinand Onwe Agama, „Effects of the Bogota Declaration on the Legal Status of Geostationary Orbit in International Space Law", *Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence* 1/2017, 24–34.

одлучно одбиле тај приговор, а онда су и поменуте екваторијалне земље напустиле своју позицију и више нису покретале то питање.[38] Тиме је та епизода само потврдила постојање и садржину односних обичајних правних правила.

2.4. Садржина обичаја који су део космичког права

Једно од најважнијих питања је која су то конкретна обичајна правна правила у материји космичког права.

Да би се одговорило на њега, добро је поћи од разликовања између општих (генералних) и посебних (специфичних) обичаја, поменутог на почетку овог рада, које се врши с обзиром на то да ли они мање-више важе у читавом међународном праву или су карактеристични за неку његову област. Такође, корисно је указати и на обичаје који су у фази настанка.

1. Општи обичаји. – И у космичком праву важе одређена правила општег обичајног међународног права. У првом реду то су основна начела међународног права, као што су: суверена једнакост држава, забрана дискриминације међу државама, забрана употребе силе или претње силом у међународним односима, обавеза мирног решавања међународних спорова, забрана незваног мешања у послове других држава, правило да се уговорне обавезе морају савесно извршавати (*pacta sunt servanda*)[39] и др.

Та правила спадају у *jus cogens*, апсолутно обавезне норме међународног права, од којих никакво одступање није допуштено. Проблем је у томе што нема званично утврђене листе таквих правила и принципа, па тако ни опште сагласности о томе шта све она обухвата. Ипак, већина њих је несумњива. То посебно важи за оне норме које су садржане у Повељи УН.

2. Посебни (специфични) обичаји. – Исто као и у другим гранама међународног права, и у космичком праву могу се наћи обичаји који су карактеристични за ту конкретну грану. Формирају се као резултат захтева праксе и одражавају посебност односа и услова који се јављају и развијају у датој области друштвених односа.

---

[38] До 1. јануара 2018. године, пет од поменутих осам држава (Бразил, Еквадор, Индонезија, Кенија и Уганда) ратификовало је Уговор о космосу (1967), потписале су га Колумбија и ДР Конго (држава која се 1971–1997. звала Заир), а само Конго је и даље остао по страни. *Status of International Agreements relating to activities in outer space as at 1 January 2018.*

[39] Оно је део уговорног права, али важи у свим областима међународног права, јер се не односи само на обавезе из конкретног споразума већ истовремено одређује однос према уговорима као најважнијим изворима међународног права уопште, али и сваке појединe гране тог права.

Јавља се и проблем који важи за све обичаје, а то је да нема сагласности о кругу, списку тих правила. То је, уосталом, разумљиво када се има у виду да обичаји постоје само у свести, тако да свако има сопствену, обично нешто другачију слику о њима. Космичко право је једна од најмлађих грана међународног права, што значи да су његова правила тек у почетној фази развоја, а то додатно отежава јасно идентификовање успостављених обичаја.

Па ипак, неки међу њима не могу бити спорни. Докази њиховог постојања и садржине могу се наћи у Уговору о космосу (1967) и другим универзалним уговорима који су већ дуго на снази[40], у резолуцијама Генералне скупштине УН, али и у неким споразумима који нису непосредно посвећени освајању космоса, какав је, на пример, Уговор о забрани тестирања нуклеарног оружја у атмосфери, у космосу и испод воде (1963). О томе је већ било речи.

Као конкретни примери могу се навести следећа правила и принципи[41]:

- слобода истраживања и коришћења космоса;
- забрана националног присвајања космичког простора и небеских тела;
- правило о томе да државе морају обављати космичке активности у складу са међународним правом, укључујући Повељу УН;
- забрана стационирања оружја за масовно уништење у космосу;
- забрана тестирања нуклеарног оружја у космосу;
- правило да се Месец и друга небеска тела могу користити искључиво у мирољубиве сврхе;
- забрана успостављања војних база, уређаја и утврђења на небеским телима;

[40] Текстове најважнијих извора космичког права вид. у: С. П. Малков, 57–362, и United Nations, *International Space Law: United Nations Instruments*, New York 2017.

[41] Г. П. Жуков, *Космическое право*, Москва 1966, 23–55; Cestmir Cepelka, Jamie H. C. Gilmour, „The Application of General International Law in Outer Space", *Journal of Air Law & Commerce* 3/1970, 30–49; David Tan, „Towards a New Regime for the Protection of Outer Space as the 'Province of All Mankind'", *Yale Journal of International Law* 1/2000, 155–159, 179–190; С. П. Малков, *Международное космическое право*, Санкт-Петербург 2002, 9–13, 43–46; Tare C. Brisibe, „Customary International Law, Arms Control and the Environment in Outer Space", *Chinese Journal of International Law* 2/2009, 375–393; David A. Koplow, „ASAT-isfaction Customary International Law and the Regulation of Anti-Satellite Weapons", *Michigan Journal of International Law* 4/2009, 1187–1272; Yevgeniya Oralova, „Jus Cogens Norms in Internatioal Space Law", *Mediterranean Journal of Social Sciences* 6/2015, 421–427.

- забрана обављања експеримената свим врстама оружја на небеским телима и извођења војних маневара на њима;
- правило да ће се у случају сусрета са интелигентним бићима из свемира космонаути сматрати изасланицима човечанства у космосу;
- правило да се космонаутима мора указати сва могућа помоћ у случају несреће, опасности или принудног спуштања на подручје друге државе, с тим што морају на сигуран начин и хитно бити враћени држави у којој је регистрована њихова космичка летелица;
- правило да су приликом обављања делатности у космосу космонаути једне државе дужни да пруже сву могућу помоћ космонаутима других држава;
- обавеза држава да одмах обавесте друге државе и генералног секретара УН о свакој појави коју открију у космосу која би могла да представља опасност по живот и здравље космонаута;
- правило да државе сносе међународну одговорност за националне активности у космосу, без обзира на то да ли их предузимају владини органи или невладина правна лица;
- правило да су држава која лансира или омогући лансирање неког објекта у космос и држава са чије је територије или уређаја објекат лансиран међународно одговорне за штету коју такав објекат или његови саставни делови проузрокују другој држави или њеним физичким или правним лицима, на Земљи, у ваздушном простору или у космосу;
- правило да је држава која лансира апсолутно одговорна да надокнади штету коју нанесе њена космичка летелица на површини Земље или ваздухоплову у лету, а да је штету која је нанета на другом месту, а не на површини Земље, космичкој летелици друге државе или лицима или имовини у њој дужна да надокнади само уколико је причињена њеном грешком односно грешком лица за које је она одговорна;
- правило да је држава дужна да у највећој могућој мери обавести генералног секретара УН, јавност и међународну научну заједницу о карактеру, току, местима и резултатима своје космичке активности;
- правило да је држава која је лансирала космички објект дужна да га региструје уписом у регистар који сама води;
- правило да УН воде регистар у који се уписују подаци о космичким објектима које достављају државе које су лансирале

такве објекте, с тим што је приступ подацима у том регистру слободан[42];

– правило да држава у чији је регистар уписан објекат који је лансиран у космос задржава јурисдикцију и контролу над тим објектом и његовом посадом;
– правило да право власништва над објектима лансираним у космос, укључујући објекте који су се спустили на небеско тело или су ту изграђени, као и над њиховим саставним деловима, остаје нетакнуто, тиме што се налазе у космосу, или на неком небеском телу, или по повратку на Земљу;
– правило да космички објекти или њихови саставни делови, нађени изван границе државе у чијем регистру се воде, морају бити враћени тој држави, с тим што је она дужна да уз захтев за враћање достави податке за идентификацију;
– правило да се космос мора истраживати и користити на начин да се избегну штетни учинак загађивања и штетне промене земаљске средине као резултат увођења ванземаљских материја и др.

3. Обичаји који су у фази настанка. – Са нешто мањом сигурношћу могу се као део универзалног обичајног права или макар као обичајне норме космичког права које су у настајања издвојити:

– правило да граница космоса почиње на висини од око 100 километара изнад нивоа мора;
– правило да је држава која је лансирала космички објект дужна да у најкраћем року достави генералном секретару УН битне податке о том објекту (назив државе лансирања, ознаке објекта, датум и место лансирања, путања, највиша и најнижа тачка орбите и општа намена објекта)[43];
– правило о праву даљинског покривања територије друге државе из космоса[44];

---

[42] Регистар се води од 1962. године. Генерални секретар УН пренео је дужност вођења Регистра на Канцеларију УН за питања космоса (енгл. *United Nations Office for Outer Space Affaies – UNOOSA*).

[43] Разлози због којих нисмо сигурни да већ постоји такав универзални обичај јесу то што Израел, као једна од дванаест космичких сила, није ни ратификовао ни потписао Конвенцију о регистровању, као и чињеница да је у пракси код УН регистровано само око 92% свих лансираних космичких објеката. *United Nations Register of Objects Launched in Outer Space, UNOOOSA*, *http://www.unoosa.org/oosa/en/ spaceobjectregister/index.html*, 17. март 2018.

[44] Г. П. Жуков, А. Х. Абашидзе, 20–21.

- одређени принципи који се тичу коришћења вештачких сателита од држава за непосредан телевизијски пренос[45];
- правила у вези са правним положајем и одговорношћу за безбедност тзв. свемирских туриста[46] и др.

То што је неки обичај у фази настанка не значи и да ће сигурно настати. Може се догодити да још у процесу његовог формирања односно правило буде напуштено или замењено другим. Уосталом, ни обичаји који су дефинитивно створени и признати нису вечни.

2.5. Проблеми у вези са обичајима као изворима космичког права

Обичаји у материји космичког права суочавају се у принципу са свим изазовима и слабостима који важе за све међународноправне обичаје. О томе је било речи у уводном делу, тако да ће овде бити указано само на неке посебне моменте.

С обзиром на специфичности и врло кратак век те гране међународног права, у њој је више него у неким другим материјама изражен проблем утврђивања постојања обичаја и њихове садржине. Посебно се могу очекивати спорови у вези са постојањем *opinio juris.* У ситуацији када државе предводнице освајања космоса по свој прилици самостално (евентуално, заједнички или на бази међусобног договора) предузимају кораке у којима је мало вероватно да ће неко моћи да их спречи, лако би се могло догодити да се ћутање или млаки протест осталих прогласе за прећутни пристанак на нови међународни правни обичај, уз тврдњу да је ћутање знак сагласности (*qui tacet consentire videtur*). Опасност је утолико већа што се може претпоставити да многе земље, у првом реду мале и сиромашне, опхрване сопственим проблемима, неће журити да се изјасне, између осталог, верујући да су то ствари које их не дотичу (нити им шкоде нити користе) и на које ионако не могу да утичу.

Пре или касније може се јавити и проблем повлачења одређених држава из неких међународних обичаја, у смислу да почну да тврде да је дати обичај престао да важи односно да се уместо њега искристалисао и заменио га други, нови обичај. Тај и иначе сложени проблем[47] може да постане посебно компликован у материји космичког права.

---

[45] James Edwin III Bailey, „Current and Future Legal Uses of Direct Broadcast Satellites in International Law", *Louisiana Law Review* 3/1984, 709.

[46] Steven Freeland, „Up, up and... Back: The Emergence of Space Tourism and Its Impact on the International Law of Outer Space", *Chicago Journal of International Law* 1/2005, 1–22.

[47] Curtis A. Bradley, Mitu Gulati, „Withdrawing from International Custom", *Yale Law Journal* 2/2010, 202–275.

Прави изазови јавиће се онда када почне масовни поход у свемир, а тај дан није далеко. Тада се могу очекивати нека сасвим нова питања, на пример, како утврдити и доказати кршење међународног права до којег је наводно дошло негде у далеком свемиру или на неком небеском телу. Мада се може тицати и уговора и одлука међународних организација, тај проблем ће посебно бити изражен у вези са кршењем обичајног права, које је по природи ствари недовољно прецизно и углавном се своди на одређене принципе, без детаљног регулисања.

У активностима освајања и експлоатације свемира у пракси ће се јављати нови обичаји. Питање је да ли ће се и колико они уклопити у међународно право које важи на Земљи.[48] Такође, сасвим је могуће да се развију нека, условно речено, „космичка регионална" обичајна права, која важе на пример на Месецу, Марсу, орбиталним станицама итд. а која се међусобно разликују. О свему томе можемо само да нагађамо.

Међутим, постоје и реални проблеми. Један од њих је опасност злоупотребе обичајних правних правила у космичком праву. Ово у смислу да обичаје као изворе и инструменте за изградњу међународног права могу да искористе они који су у неким тренутку у позицији да наметну решења која одговарају њиховим себичним интересима.

Уосталом, имамо пример из праксе. Крајем прошлог века, у време доминације само једног центра моћи, било је покушаја да се међународно право релативизује да би се створио простор за арбитрерне акције тада једине суперсиле. С обзиром на то да међународно право строго забрањује силу у међународним односима, тражени су начини да се та забрана изигра односно да се нађе правно покриће за једнострану употребу силе. Између осталог, један број политичара, али и правних писаца, почео је да тврди да је наводно настао нови универзални обичај који дозвољава (према неким мишљењима, чак обавезује!) да се под одређеним условима оружано интервенише у другим државама из хуманитарних разлога. Уз то, тврдили су да у савременим условима обичаји могу настати тренутно, без икакве претходне праксе, односно да је довољно да само се утврди да постоји *opinio juris* (на пример, у виду одлуке Генералне скупштине УН). Такав приступ није прихватљив из много разлога, али бављење тим питањем излази из оквира овог рада.[49]

---

[48] Тачно је да чл. III Уговора о космосу (1967) и важећи међународноправни обичај предвиђају да се космичке активности морају одвијати у складу са међународним правом, укључујући Повељу УН, али ко може да предвиди какви ће односи бити успостављени у будућности, када људи населе разна небеска тела? Какво ће тада бити међународно право и да ли ће уопште постојати УН?

[49] О томе: Борис Кривокапић, *Актуелни проблеми међународног права*, Београд 2011, 567–632. Довољно је поменути да одлуке међународних организација

Овде то помињемо зато што у космичком праву, више него у неким другим гранама међународног права, прети опасност да узани круг држава наметне осталима одређену праксу, а затим и универзалне обичаје који су само у њиховом себичном интересу. Шта, на пример, ако једног дана водеће космичке силе одлуче да, насупрот принципима постојећег космичког права, поделе између себе небеска тела? И онда почну да намећу таква решења (на пример, право стицања тих тела мирном окупацијом) као некакве нове институте обичајног права. Да ли ће остале државе бити довољно снажне и јединствене, али и способне да им се одупру? Не знамо. Међутим, сигурно је да ће у стварању *опште праксе* дуго бити пресудна улога шачице најразвијенијих земаља и да ће увек претити опасност да оне (нагодивши се између себе) наметну нека решења стварајући макар привид *opinio juris*. У таквом случају обичаји би се претворили у инструмент политике који служи најмоћнијима да озаконе оно што само њима одговара. То, разуме се, нипошто не би било добро.

Да не би све остало на нагађањима, довољно је приметити да, премда Уговор о космосу (1967) и постојеће обичајно право изричито забрањују национално присвајање космоса, већ се увелико пише о томе да су многа питања остала отворена, међу њима и све актуелнији проблем комерцијалног коришћења космоса, односно да није забрањена једнострана експлоатација космичких ресурса.[50]

Још бољи пример је чињеница да је у пракси промењено тумачење принципа „мирољубиво коришћење космоса“, формулисаног и уговорним и обичајним правом.[51] Уместо схватања да постоји апсолутна забрана милитаризације, убрзо се дошло до става да се свемир може користити за војне активности, све док оне по свом карактеру нису агресивне, односно док је у питању „пасивна“ („мека“) а не „активна“ („чврста“) употреба космоса у војне сврхе.[52] Упркос

имају самосталну вредност и не треба их подводити под обичаје, а посебно стварати конструкцију о томе да самим чином доношења резолуције Генералне скупштине УН настаје „инстант“ обичај. Ако државе савесно испуњавају резолуцију, након неког времена могло би се говорити о одговарајућој пракси, па онда, могуће је, и о претварању односних решења у обичајно међународно право. Међутим, и тада би то било зато што су испуњена оба конститутивна елемента обичаја – општа пракса и свест о правној обавезности.

50 Timothy Justin Trapp, „Taking Up Space by Any Other Means: Coming to Terms With the Non Appropriation Article of the Outer Space Treaty“, *University of Illinois Law Review* 4/2013, 1696–1697; Jinyuan Su, „Legality of Unilateral Exploitation of Space Resources under International Law“, *International and Comparative Law Quarterly* 4/2017, 991–1008.

51 Вид. чл. III и IV Уговора о космосу (1967). Уосталом, и прве две релевантне резолуције Генералне скупштине УН (из 1958. и 1961. године) носе називе Међународна сарадња у мирољубивом коришћењу космоса, док се трећа (из 1963. године) зове Питање мирољубивог коришћења космоса.

52 Ivan A. Vlasic, „Disarmament Decade, Outer Space and International Law“, *McGill Law Journal* 2/1981, 171; Wolter Detlev, *Common Security in Outer Space and*

противљењу многих других земаља, САД су у пракси наметнуле тај приступ. Тиме је уведено ново обичајно правило које је далеко лошије од претходног решења. То је онда отворило простор за трку у наоружању у космосу[53] и разне војне активности у свемиру чији је домашај и обим, а посебно перспективу скоро немогуће сагледати. Оне већ сада обухватају употребу шпијунских сателита, тестирање разних антисателитских оружја (балистичке ракете, сателити-убице), развој америчког програма Стратешка одбрамбена иницијатива, познатијег као „Звездани ратови“[54] итд.[55]

2.6. Перспективе обичаја као извора космичког права

Премда се пре или касније може очекивати развој уговорног регулисања и јачање улоге одлука међународних организација као извора космичког права, обичаји ће сасвим сигурно задржати врло важно место. Много је разлога за то.

У ситуацији када не знају куда ће их одвести пракса, државе су опрезне и радије препуштају да нека питања буду уређена правно

International Law, United Natons – UNIDIR, Geneva 2006, 9–54; Fabio Tronchetti, „Legal aspects of the military uses of outer space“, *Handbook of Space Law* (eds. Frans von Der Dunk, Fabio Tronchetti), Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, Massachusetts 2015, 377–380; Jack M. Beard, „Soft Law’s Failure on the Horizon: The International Code of Conduct for Outer Space Activities“, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2/2017, 335–424.

[53] Г. П. Жуков, Э. Г. Василевская, П. И. Лукин, *Космос и проблема всеобщего мира*, Москва 1966, 7–46; Robert L. Bridge, „International Law and Military Activities in Outer Space“, *Akron Law Review* 4/1980, 649–664; Ivan A. Vlasic, 147–167; Michael N. Schmitt, „International Law and Military Operations in Space“, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 10/2006, 89–125; Alex B. Englehart, „Common Ground in the Sky: Extending the 1967 Outer Space Treaty to Reconcile U.S. and Chinese Security Interests“, *Pacific Rim Law & Policy Journal* 1/2008, 133–156; А. Арбатов, В. Дворкин, *Космос: оружие, дипломатия, безопасность*, Москва 2009, 38–84; Blair Stephenson Kuplic, „The Weaponization of Outer Space: Preventing Extraterrestrial Arms Race“, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 4/2014, 1123–1163.

[54] Циљ тог програма, чији је део компоненти стациониран у космосу (сателити осматрачи, сателити са ласерским топовима за обарање противничких пројектила итд.) јесте да се изнад САД, на великим висинама створи штит који би ту земљу штитио од напада стратешким нуклеарним ракетама. Премда наоко дефанзивне, те мере изазивају оправдану забринутост других земаља пошто би стварање таквог штита омогућило САД да прве изврше масован нуклеарни удар на територију друге земље, а затим се антибалистичким пројектилима заштите од ослабљеног нуклеарног одговора противника.

[55] Већ се отвара и питање примене права оружаних сукоба у војним операцијама у свемиру. Kubo Mačak, „Silent War. Applicability of the Jus in Bello to Military Space Operations“, *Exeter Centre for International Law Working Paper Series* 1/2018, 1–37; Борис Кривокапић, *Мир и рат у међународним односима и праву*, Београд 2017, 858–862.

обавезујућим, али ипак недовољно прецизним обичајним правилима, него што су спремне да преузму круте уговорне обавезе.

Због тога ће, према свему судећи, протећи много воде пре него што буде извршена свеобухватна кодификација космичког права.

И када буде усвојена, кодификација неће бити обавезна за све државе већ ће важити само у односима између оних које је изричито прихвате. Стога се може очекивати да ће у области космичког права обичаји јачати и развијати се, као једини поуздан начин за регулисање односа између држава које нису чланице уговора којима је кодификовано космичко право, али и односа између њих и чланица тих уговора.

Уосталом, колико год обимна и квалитетна била, кодификација неће моћи да понуди одговоре на сва питања која ће наметати пракса. По природи ствари стално ће се јављати нови односи и проблеми који ће захтевати брзо правно регулисање. Ту ће до изражаја доћи још једна предност обичаја. Наиме, искуство нас учи да у тој материји процес њиховог формирања траје знатно краће од времена потребног за припрему, усаглашавање и усвајање међународних уговора.

С друге стране, премда ће у будућности највероватније све већи значај имати одлуке међународних организација, може се очекивати да ће се оне не само ослањати на обичаје, већ и доприносити настанку нових обичаја.[56]

Треба додати да ће се, када почне колонизација космоса, отворити много тога што је сада само у назнакама. Биће потребно прецизније него данас регулисати статус космичког пространства и небеских тела и уредити многа друга питања, као што су: војне активности у космосу, безбедност космичке пловидбе, заштита средине, борба против космичког отпада, заштита односно спречавање кршења људских права[57], „космичка“ кривична дела[58], заштита кул-

[56] Обично се мисли на одлуке Генералне скупштине УН. Међутим, с обзиром на очекивану реформу УН, могуће је да ће ојачати улога неких других органа, пре свих Савета безбедности. Такође, може се очекивати да ће током времена расти улога оних међународних организација које су специјализоване управо за истраживање и коришћење космоса. О таквим организацијама: Г. П. Жуков, А. Х. Абашидзе, 244–308; Frans von der Dunk, „International organizations in space law“, *Handbook of Space Law* (eds. Frans von Der Dunk, Fabio Tronchetti), Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, Massachusetts 2015, 269–330.

[57] Реч је о људским правима на свемирским летелицама, на колонизованим небеским телима итд. Уосталом, већ сада се указује на проблем могућег кршења људских права и хуманитарног права технологијом из космоса. Joshua Lyons, „Documenting violations of international humanitarian law from space: a critical review of geospatial analysis of satellite imagery during armed conflicts in Gaza (2009), Georgia (2008), and Sri Lanka (2009)“, *International Review of the Red Cross* 886/2012, 739–763.

[58] Између осталог, скоро је сигурно да ће се пре или касније појавити свемирски пирати.

турног наслеђа у космосу, заштита права интелектуалне својине у свемиру и ко зна шта све још. То се неће моћи постићи ниједним уговором, а питање је и да ли ће увек бити благовремено донета одлука надлежне међународне организације. У таквим случајевима обичаји ће представљати спасоносно решење.

То су само неки од разлога због којих ће међународни правни обичаји и даље бити не само потребни и корисни, већ ће остати међу најважнијим изворима космичког права.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Agama, F. O., „Effects of the Bogota Declaration on the Legal Status of Geostationary Orbit in International Space Law“, *Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence* 1/2017.

Арбатов, А., Дворкин, В., *Космос: оружие, дипломатия, безопасность*, Москва 2009.

Bailey, J. E. III, „Current and Future Legal Uses of Direct Broadcast Satellites in International Law“, *Louisiana Law Review* 3/1984.

Beard, J. M., „Soft Law's Failure on the Horizon: The International Code of Conduct for Outer Space Activities“, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2/2017.

Bradley, C. A., Gulati, M., „Withdrawig from International Custom“, *Yale Law Journal* 2/2010.

Bridge, R. L., „International Law and Military Activities in Outer Space“, *Akron Law Review* 4/1980.

Brisibe, T. C., „Customary International Law, Arms Control and the Environment in Outer Space“, *Chinese Journal of International Law* 2/2009.

Brittingham, B. C., „Does the World Really Need New Space Law?“, *Oregon Review of International Law* 1/2010.

Cassese, A., *International Law*, Oxford University Press, Oxford 2001.

Cepelka, C., Gilmour, J. H. C., „The Application of General International Law in Outer Space“, *Journal of Air Law & Commerce* 3/1970.

Charney, J., „The Persistent Objector Rule and the Development of Custromary International Law“, *British Year Book of International Law* 56(1)/1985.

Cheng, B., „United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?“, *Indian Journal of International Law* 5/1965.

Cheng, B., „Custom: The Future of General State Practice in a Divided World“, *The Structure and Process of International Law Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (eds. R. St. J. Macdonald, D. M. Johnston), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague – Boston – Lancaster 1986.

Colson, D. A., „How Persistent Must the Persistent Objector Be?“, *Washington Law Review* 3/1986.

D'Amato, A., „The Concept of Special Custom in International Law“, *American Journal of International Law* 2/1969.

Detlev, W., *Common Security in Outer Space and International Law*, United Nations – UNIDIR, Geneva 2006.

Englehart, A. B., „Common Ground in the Sky: Extending the 1967 Outer Space Treaty to Reconcile U.S. and Chinese Security Interests“, *Pacific Rim Law & Policy Journal* 1/2008.

Freeland, S., „Up, up and... Back: The Emergence of Space Tourism and Its Impact on the International Law of Outer Space“, *Chicago Journal of International Law* 1/2005.

Green, J. A., *The Persistent Objector Rule in International Law*, Oxford University Press, Oxford 2016.

Guzman, A. T., „Saving Customary International Law“, *Michigan Journal of International Law* 1/2005.

Koplow, D. A., „ASAT-isfaction Customary International Law and the Regulation of Anti-Satellite Weapons“, *Michigan Journal of International Law* 4/2009.

Кривокапић, Б., *Актуелни проблеми међународног права*, Београд 2011. (Krivokapić, B., *Aktuelni problemi međunarodnog prava*, Beograd 2011)

Кривокапић, Б., „Обичајна правна правила у међународном праву“, *Мегатренд ревија* 3/2012. (Krivokapić, B., „Običajna pravna pravila u međunarodnom pravu“, *Megatrend revija* 3/2012)

Кривокапић, Б., *Мир и рат у међународним односима и праву*, Београд 2017. (Krivokapić, B., *Mir i rat u međunarodnim odnosima i pravu*, Beograd 2017)

Krivokapić, B., „On the Issue of So-called 'Instant' Customs in International Law“, *Acta Universitatis Danubius, Administratio* 1/2017.

Кривокапич, Борис, „Мягкое право в международном праве“, *Composite Materials, Ecology, Information Technology, Economics and Law, ELaSa–2017, Proceedings* (ed. M. Lutovac), Tivat 2017.

Kuplic, B. S., „The Weaponization of Outer Space: Preventing Extra-terrestrial Arms Race“, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 4/2014.

Lyons, J., „Documenting violations of international humanitarian law from space: a critical review of geospatial analysis of satellite imagery during armed conflicts in Gaza (2009), Georgia (2008), and Sri Lanka (2009)“, *International Review of the Red Cross* 886/2012.

Mačak, K., „Silent War. Applicability of the Jus in Bello to Military Space Operations“, *Exeter Centre for International Law Working Paper Series* 1/2018.

Малков, С. П., *Источники космического права*, Санкт-Петербург 2002.

Малков, С. П., *Международное космическое право*, Санкт-Петербург 2002.

Marboe, Irmgard (ed.), *Soft Law in Outer Space: The Function of Non–Binding Norms in International Space Law*, Böhlau Verlag, Wien – Köln – Graz 2012.

Milisavljević, B., Čučković, B., „Identification of Custom in International Law“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2014.

Милисављевић, Б., *Међународно обичајно право*, Београд 2016. (Milisavljević, B., *Međunarodno običajno pravo*, Beograd 2016).

Oralova, Y., „Jus Cogens Norms in Internatioal Space Law“, *Mediterranean Journal of Social Sciences* 6/2015.

Petersen, N., „Customary Law Without Custom? Rules, Principles and the Role of State Practice in International Norm Creation“, *American University International Law Review* 2/2008.

Sachdeva, G. S., „Select Tenets of Space Law as *Jus Cogens*“, *Recent Developments in Space Law* (eds. R. V. Rao, V. Gopalkrishnan, K. Abhijeet), Springer, Singapore 2017.

Scharf, M. P., „Accelerated Formation of Customary International Law“, *ILSa Journal of International & Comparative Law* 2/2014.

Schmitt, M. N., „International Law and Military Operations in Space“, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 10/2006.

Su, J., „Legality of Unilateral Exploitation of Space Resources under International Law“, *International and Comparative Law Quarterly* 4/2017.

Swaine, E. T., „Rational Custom“, *Duke Law Journal* 3/2002.

Tan, D., „Towards a New Regime for the Protection of Outer Space as the 'Province of All Mankind'", *Yale Journal of International Law* 1/2000.

Trapp, T. J., „Taking Up Space by Any Other Means: Coming to Terms With the Non Appropriation Article of the Outer Space Treaty", *University of Illinois Law Review* 4/2013.

Tronchetti, F., „Legal aspects of the military uses of outer space", *Handbook of Space Law* (eds. F. von Der Dunk, F. Tronchetti), Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, Massachusetts 2015.

United Nations, *International Space Law: United Nations Instruments*, New York 2017.

Витцтум, В. Г., Прёльсс, А. (ред.), *Международное право*, Москва 2015.

Vlasic, I. A., „Disarmament Decade, Outer Space and International Law", *McGill Law Journal* 2/1981.

Von Der Dunk, F., „International organizations in space law", *Handbook of Space Law* (eds. F. von Der Dunk, F. Tronchetti), Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, Massachusetts 2015.

Жуков, Г. П., *Космическое право*, Москва 1966.

Жуков, Г. П., Василевская, Э. Г., Лукин, П. И., *Космос и проблема всеобщего мира*, Москва 1966.

Жуков, Г. П., Абашидзе, А. Х. (ред.) *Международное космическое право*, Москва 2014.

Boris Krivokapić, PhD

Full Professor
University „Union – Nikola Tesla“ in Belgrade, Business and Law Faculty

Professor
Samara National University „S. P. Korolev“ in Samara, Russia,
Faculty of Law

CUSTOMS AS SOURCES OF INTERNATIONAL SPACE LAW

Summary

The article consists of two basic works. The first one gives a very brief overview of the customary rules as one of the most important sources of international law. The central part of the work is the second one, which deals with customs as part of international Space Law. Important issues have been addressed here, such as: the moment of the emergence of customary rules in Space Law (the problem of so–called „instant“ customs), the role of customary rules in Space Law, evidence of universal customs in Space Law and their content, the content of customs that are part International Space Law, problems related to customs that are part of International Space Law (including the danger of abuse) and the perspectives of custom as a source of International Space Law. Stating a number of arguments that confirm this, the author concludes that, for many reasons, international legal customs will continue to be not only necessary and useful, but will remain among the most important sources of International Space Law, with new ones becoming and emerging alongside existing ones.

Key words: *International Law. – Sources of Law. – Customs. – Space Law. – Outer Space.*

Article history:
Received: 26. 3. 2018.
Accepted: 10. 5. 2018.

УДК 343.222-056.34

CERIF: S149

Др Драгиша Дракић[*]

Др Гордана Дракић[**]

ОД БИОЛОШКОГ ДО МЕШОВИТОГ МЕТОДА УТВРЂИВАЊА НЕУРАЧУНЉИВОСТИ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ[***]

Аутори у свом раду најпре анализирају еволуцију идеја о феномену душевно болесног током историје, све до савременог појма душевне болести и поремећености. Такав приступ обради материје био је неопходан јер је јасно да садржина и правни значај института неурачунљивости умногоме зависе од владајућег концепта психопатолошког.

Аутори тврде да је савремени институт неурачунљивости, који се у почетку установљавао применом биолошког метода, настао почетком 19. века, прихватањем тада владајућег психијатријског учења о душевним болестима. У даљем тексту указује се на предности и недостатке тог метода. Као покушај да се спречи све већи психијатријски утицај на кривично право, временом је настао нови, психолошки метод утврђивања неурачунљивости. Због очигледних слабости, тај метод никада није успео да се афирмише ни у теорији, ни у кривичном законодавству.

Последњи део рада аутори су посветили детаљном разматрању биолошко-психолошког метода утврђивања неурачунљивости, који је настао као реакција на слабости претходна два метода. Они истичу да, за разлику од тих метода, мешовити метод обезбеђује правну сигурност јер врши прецизну поделу надлежности између судије и вештака-психијатра у процесу доказивања

[*] Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, *drakic100@gmail.com*.

[**] Ауторка је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, *g.drakic@pf.uns.ac.rs*.

[***] Чланак је настао као резултат рада на пројекту Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије *Биомедицина, заштита животне средине и право* за 2018. годину.

нечије неурачунљивости, спречава претерани утицај психијатара на исход поступка и, коначно, афирмише једну од најзначајнијих тековина савременог принципа кривице – везаност кривице за конкретно кривично дело и временски тренутак његовог извршења.

Кључне речи: *Неурачунљивост. – Кривично право. – Методи утврђивања неурачунљивости.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

С обзиром на то да се у основи института неурачунљивости налази ентитет душевне болести у ширем смислу, његов настанак и садржина зависили су, а и данас умногоме зависе, од поимања душевне болести. Стога се може рећи да су садржина, правни значај и кривичноправне реперкусије тог института нераскидиво повезани са еволуцијом идеја и схватања од којих је зависило поимање душевно болесног. У даљем излагању укратко ћемо се осврнути на развој релевантних идеја о душевној болести и положају душевних болесника од најранијих дана људске историје.[1] Након тога, размотрићемо нешто детаљније настанак мисли из које је проистекао савремени појам душевне болести. Без те анализе било би немогуће разумети данашњи институт неурачунљивости.

С тим у вези, душевна болест, као феномен погрешног прилагођавања социјалној средини и неприкладног и друштвено неприхватљивог понашања, јавља се од најранијих дана људске историје. Јер одувек су постојали људи чији је начин понашања, спољњег изгледа, изражавања мисли и испољавања личности уопште одударао од оног уобичајеног и нормалног, односно људи чији поступци нису били у складу са општеприхваћеним обрасцима мишљења, понашања и делања. Због тога је и душевна болест одвајкада привлачила пажњу људи и изазивала страх, згражавање, саблазан и презир, док су душевни болесници излагани огромним патњама и суровом кажњавању, и они који су вршили деликте и они који нису вршили антисоцијалну делатност. „Поред тога што се од умоболних зазирало, према њима се односило понекад и са страхопоштовањем.“ Веровало се да су „они били у додиру са натприродним светом“ и да у одређеним моментима могу „да испоље моћи које су оспорене обичним људима“.[2]

[1] О настанку и развоју идеје о мерама безбедности као кривичним санкцијама вид. Драгиша Дракић, „О настанку мера безбедности као кривичних санкција“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2015, 97–114.

[2] Ерик Робертсон Додс, „Благослови лудила“, *Грци и ирационално* (превод са енглеског Бранимир Глигорић), Службени гласник, Београд 2005, 57.

Не само да је положај у друштву душевно болесних лица у давна времена био тежак већ је и сама болест објашњавана ирационалним и натприродним разлозима. „Заједничко веровање примитивних људи широм света јесте да је узрок свих врста менталних поремећаја уплитање натприродног."[3] Болест је наиме дуго времена сматрана казном коју су наметале натприродне силе, пре свега божанства. Казном коју су, веровало се, болесник, односно племе или ужа група којој је он припадао свакако заслужили. То је важило и за сваку другу патњу, односно несрећу која је била од значаја за ширу друштвену групу која је њоме била погођена. Како је рекао религиозни историчар Мирча Елијаде (*Mircea Eliade*): „Пропаст летине, суша, непријатељско разарање неког града, губитак слободе или живота, несрећа било које врсте (епидемија, потрес итд.), све то на овај или онај начин налази своје објашњење и оправдање у трансцендентном, у божанском распореду."[4] Такво веровање је доминантно и у „примитивним" друштвима и у архајским културама.[5] И за целокупно трајање старе Грчке углавном је важило то схватање.[6] Узроке лудила стари Грци су видели или у божанској интервенцији или у дисбалансу телесних течности.[7] Управо због тога што душевна болест, по правилу, није третирана као нешто што је урођено људском организму већ као нешто што му долази споља, често су примењивана најсуровија средства принуде и насиља према болесницима, као својеврсно „приношење на жртву". Циљ је био да се на тај начин „одобровољи" божанство, које би требало да помогне да се тобоже истера наводни демон из болесниковог тела. Ретко су у ту сврху биле коришћене суптилније методе врачања или чаролија.[8] Било како било, на болест се гледало као на страно тело, најчешће демонског карактера а божанског порекла, које је, као такво, силом ваљало истерати из „запоседнутог" тела.

С обзиром на речено, о неком посебном кривичноправном третирању и нарочитом положају душевно болесних учинилаца кривичних дела у „примитивним" кривичним правима није могло бити говора. Суштински напредак у том смислу постигнут је у римско доба. Извори римског права потврђују да се још у то доба водило

[3] *Ibid*., 54.

[4] Mircea Eliade, *Mit o vječnom povratku* (prijevod sa francuskog Ljiljana Novković), Jesenski i Turk, Zagreb 2007, 125.

[5] Вид. о томе детаљније *ibid*., 119–127.

[6] О томе вид. детаљно Е. Р. Додс, 53–76.

[7] Тако, Милана Љубичић, *О неурачунљивости – социолошка студија*, Досије, Београд 2015, 35.

[8] Вид. о томе детаљније Mihajlo Aćimović, „Problemi duševno obolelih učinilaca krivičnih dela u krivičnim naukama", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 3–4/1978, 275.

рачуна о извесним облицима душевних болести, које су означаване различитим терминима – *furiosi*, *dementes* и *mente capti*.[9] Учиниоци кривичних дела који су били погођени таквим болестима по правилу су били изузети од кажњавања. Сматрало се да болест искључује способност за предузимање радње кривичног дела те да се „поступање душевно ометеног ни под каквим околностима не може третирати као злочин".[10] Од тога је у римском праву постојао један изузетак. Уколико је, наиме, у питању таква врста болести током чијег трајања се јављају кратки периоди крхког и пролазног душевног здравља, то јест „светли међупростори"[11], а дело је извршено управо у време тзв. *lucida intervalla*, кривично дело је постојало. Како код таквих болесника „клица лудила" и даље постоји, додуше латентно, тешко је било у сваком случају утврдити да ли је дело извршено за време „светлог тренутка" или када се болест већ акутно манифестовала. Занимљиво је да је у оним ситуацијама у којима се то није могло сигурно доказати римско право предвиђало примену процесног принципа *in dubio pro reo*. С тим у вези, било је прописано да, ако би се сумњало да ли је дело извршено за време лудости или здравог разума, треба узети „да је кажњиво дело извршено за време лудила".[12] Фасцинантно је да су Римљани још у оно доба успели да проникну у оно што ће се тек у савремено доба психијатрије назвати латентно, односно манифестно стање психозе и да констатују да за дело које је почињено у латентној фази извршилац кривичног дела може бити урачунљив. Исто се може рећи и за њихов истанчан осећај за праведност, који се испољио у поменутом процесном принципу да ако се у судском поступку не може сигурно утврдити нека психичка чињеница која је неповољнија за судбину окривљеног у поступку, сматраће се да она није доказана. И обрнуто.

И старогерманско, канонско и средњовековно француско кривично право углавном преузимају поменута решења римског права[13], међутим, уз бројне изузетке и ограничења. И неки други средњовековни кодекси и знаменити аутори признају душевној болести под одређеним условима екскулпирајуће дејство.[14] Ипак, у начелу би се могло тврдити да је положај душевних болесника у

---

9 Вид. о томе више Јован Ђ. Авакумовић, *Теорија казненог права – први део*, II, Српска-краљевска државна штампарија, Београд 1887, 245, 246.

10 Theodor Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Akademische Druck – U. Verlagsanstalt, Graz 1955, 77.

11 *Ibid*.

12 Ј. Ђ. Авакумовић, 252, 253.

13 Вид. *ibid*., 246, 247.

14 Вид. о томе детаљније Драгиша Дракић, *Неурачунљивост*, Школска, Нови Сад 2007, 25–27.

средњовековном праву уопште, а посебно у кривичном праву, био неупоредиво гори него у римском праву. Штавише, у позном средњем веку, у складу са општим падом људских знања и размишљања и са превагом религиозног занесењаштва и мрачњаштва, душевна болест се тумачила као обузетост душе ђаволом.[15] У складу са таквим схватањем, душевни болесници су спаљивани на ломачи или батинани да би се на тај начин „истерао ђаво" из њиховог организма.[16] Пошто се болест у то време сматрала грехом, „препоручивало се да би било најбоље да човек буде што мање грешан".[17] Изузетак је представљала „падавица", данашња епилепсија, која се називала „светом болешћу". На ту болест се углавном гледало као на „знак божје милости", а на болесника као на „тренутног чувара натчовечанске моћи".[18] Главне разлоге за такво средњовековно поимање душевних болести треба тражити у потпуној беспомоћности тадашње „науке о души" да на исправан начин разуме законитости функционисања психичких збивања у човеку и да с тим у вези исправно сагледа и објасни и његове психопатолошке феномене. Требало је да прође још доста векова па да се различите појавне форме „лудила" означе као болест, а душевни болесници „извуку из подручја компетенције религије и државног реглементирања и ослободе сумње на грех и злочин".[19]

2. НАСТАНАК БИОЛОШКОГ МЕТОДА

Иако се душевни поремећаји у различитим формама и појавним облицима уочавају од најстаријих времена и премда су законодавства рано почела да се занимају за душевно болесне учиниоце кривичних дела и регулишу њихов правни положај, могло би се рећи да су тек од 19. века постепено почеле да се схватају природа и суштина „лудила". Оно је тада први пут означено као „душевна болест", која би, као таква, требало да буде изједначена са свим другим болестима, премда та идеја „никада није успела да се коначно наметне".[20] Тада је нестало и средњовековно поимање лудила, а законодавства су временом

[15] Вид. Alfred Lorenzer, *Intimnost i socijalna patnja* (prijevod sa njemačkog Boris Buden), Naprijed, Zagreb 1989, 40.

[16] Тако, Борислав Капамаџија, *Судска психијатрија*, Матица српска, Нови Сад 1974, 140.

[17] Ernst Bloch, *Princip nada* (prijevod sa njemačkog Hrvoje Šarinić), II, Naprijed, Zagreb 1981, 536.

[18] Тако, Робер Фосије, *Људи средњег века* (превод са француског Тања Пекић *et al.*), Адреса, Нови Сад 2009, 29.

[19] A. Lorenzer, 56.

[20] Ролан Жакар, *Лудило* (превод са француског Бојан Лаловић), Библиотека XX век, Београд 1997, 11.

почела да прихватају ново психијатријско учење о душевним болестима. То учење полази од тога да је душевна болест – болест која има свој органски узрок. Током готово целог 19. века психијатрија тај узрок види у мождaним оштећењима или деформацијама.[21] На пример, Крафт-Ебинг (*Krafft-Ebing*) тврди да „правно-психолошки услови урачунљивости зависе од интегритета мозга као органа свих душевних капацитета".[22] Дакле, владајуће научно мишљење тога времена било је да нема душевне без телесне болести.[23] Другим речима, свакој душевној болести ваљало је наћи неки органски узрок који ју је проузроковао. Свака душевна патологија морала је имати неку „патолошку анатомију".[24] Уколико се, међутим, патолошка телесна основа није могла пронаћи код душевно болесног лица, њу је било могуће, а и пожељно, открити на терену његовог наслеђа, међу његовим сродницима.[25] Када се болест није могла сместити на ниво конкретног тела, наслеђе је представљало начин отелотворења болести.[26] То схватање је несумњиво било у сагласју са владајућим мишљењем у тадашњој науци да истинска стварност човековог бића налази своје објашњење у соматском збивању.[27] То мишљење полази од претпоставке да је „човек познат, тамо где је соматски упознат".[28] Стога и душевна болест може постојати једино ако има свој соматски болесни процес – физиолошки, анатомски или неодређено биолошки[29], као узрок.

Парадоксално је да је то повезивање душевне болести са претпостављеном или доказаном телесном болешћу у психијатрији 19. века[30] било одлучујући корак ка конституисању психијатрије као

---

21 *Ibid*., 20.

22 R. von Krafft-Ebing, *Grundzüge der Criminalpsychologie*, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart 1882, 2.

23 Werner Janzarik, „Zur Geschichte der forensischen Psychiatrie", *Handbuch der forensischen Psychiatrie* (Hrsg. Hans Göppinger, Hermann Witter), I, Springer Verlag, Berlin – Heidelberg – New York 1972, 605.

24 Израз потиче од Мишела Фукоа. Вид. Мишел Фуко, *Психијатријска моћ* (превод са француског Милица Козић), Светови, Нови Сад 2005, 335.

25 Вид. *ibid*., 365–366.

26 *Ibid*., 366.

27 Сетимо се Декартових речи: „Душа има своје главно седиште у малој жлезди која је у средини мозга, одакле зрачи целим осталим телом посредством (анималних) духова, нерава, па и крви..." Преузето из Жан Пол Сартр, „Картезијанска слобода", *Портрети* (изабрао Милош Стамболић, превод са француског Сретен Марић *et al.*), Нолит, Београд 1981, 7.

28 Карл Јасперс, *Општа психопатологија* (превод са немачког Павле Милекић), Просвета, Београд 1978, 19.

29 Тако, *ibid*.

30 Вид. о томе детаљније, Eduard von Hofmann, *Lehrbuch der gerichtlichen Medizin*, Urban&Schhwarzenberg, Wien – Leipzig 1895^7, 957–971.

гране медицине. Јер, она сада, као природна наука, узрок душевне болести види у телу болесника, а не тражи га у натприродним силама. Тако су напуштене старе представе према којима су болести биле „посебна бића која су се усељавала у људе“.[31] Тиме су се истовремено стекли услови да се болест припише одређеном, конкретном човеку, додуше искључиво његовој анатомској патологији, те да се откривањем и лечењем основне болести настоји излечити и душевна болест као њезин симптом. Од тада, психијатрија не даје више религијска објашњења за душевне болести, не бави се више метафизичким питањем слободне воље, није искључиво ревносни заступник владајућег морала и друштвених интереса. Напротив, она настоји да открије органски узрок душевне болести пацијента и да природнонаучним средствима утиче на његово излечење. То је време представљало прекретницу и у односу друштва према душевном болеснику. Њихов положај и статус у друштву почели је полако да се поправљају. Таква ситуација је дала повода једном аутору да изјави да су „прошла времена када су душевном болеснику стављали крст, гледали га као дивљу животињу коју треба држати у лудачкој кошуљи и доживотно изоловати од друштва“.[32] Уместо тамница за „лудаке“, у којима су они економски израбљивани и физички и ментално злостављани, почеле су да се граде болнице за њихово лечење. Премда и нова лечилишта остају у сенци социјалне дискриминације душевних болесника, „а знају бити и местима ужаса“[33], генерално би се могло рећи да је од почетка 19. века почео да преовлађује хуманији однос према душевним болесницима. Тиме је „путовање лудила достигло свој одговарајући циљ: медицинско збрињавање“.[34]

Тај покушај укључивања механизма лудила у медицину, суштински утемељену на патолошкој анатомији или патолошкој физиологији[35], и његова медикализација, која је изродила прерастање „лудила“ у болест, имали су далекосежне последице у домену кривичног права. Психијатријска наука је захтевала од правника да прихвате нова сазнања о душевним болестима и да, у вези са тим, концепирају институт неурачунљивости на новим основима. Док се тај институт раније темељио на питању слободе односно неслободе воље[36] извршиоца кривичног дела, од почетка 19. века психијатри

[31] К. Јасперс, 734.

[32] Марина Широкова, „Лечење душе“, *Човек – енциклопедија психологија* (ур. Татјана Миличић, превод са руског Љубинка Миличић), Софос, Београд 2007, 517.

[33] A. Lorenzer, 30.

[34] *Ibid*.

[35] Тако, М. Фуко (2005), 389.

[36] То не значи да је кривично право од тог тренутка прихватило став да човек по свом бићу није слободан. Напротив. То само значи да је оно пошло од тога да,

захтевају да он постане предмет природнонаучне констатације, која се своди на питање – да ли је у време извршења дела учинилац био обузет душевном болешћу која има неки органски узрок. Ако би одговор био потврдан, учинилац би био ослобођен од кривичне одговорности због неурачунљивости.

Ипак, треба рећи да психијатрија није одмах израсла у самосталну грану медицине, која потпуно раскида са својом прошлошћу, с једне стране, и одмах се еманципује у односу на постојеће гране медицине, с друге стране. Због тога поједини аутори психијатрију прве половине 19. века називају „наивно-романтичном" и истичу да су се, у недостатку потпуно специјализованог психијатријског образовања на медицинским факултетима, у том времену „психијатријом" бавили и поједини „теолози, филозофирајући лаици или песници".[37] Истиче се да је психијатрија, односно психологија, тек од краја 19. и почетка 20. века „квалитативно прешла из једне, још увек у великој мери спекулативне науке, у праву природну науку".[38]

Без обзира на речено, стиче се утисак да су правници, готово без отпора, усвојили ново психијатријско учење о душевним болестима, постепеном изменом одредбе о неурачунљивости у кривичним законодавствима европских земаља 19. века. Од тада, па до данас, кривичари у својим уџбеницима готово непрестано понављају да кривичноправни институт неурачунљивости нема везе са филозофским питањем (не)слободе воље[39], већ се може темељити искључиво на чињеницама које се могу емпиријски и практично утврдити.[40] Због тога се у кривичним поступцима од почетка 19. века вештацима-психијатрима више не поставља питање да ли извршилац поседује

иако је слобода иманентна човеку као таквом, она се не би могла емпиријски доказати. Декарт је својевремено рекао: „Она себе познаје без доказа, самим искуством које о њој имамо." Преузето из Ж. П. Сартр, 16.

[37] Тако, Adrian Schmidt-Recla, *Theorien zur Schuldfähigkeit*, Leipziger Universitätsverlag, Leipzig 2000, 96.

[38] Алберт Вајс, *Развитак цивилизације*, Народна књига, Београд 1965, 360.

[39] То не значи да теоријска расправа о слободи воље извршилаца у кривичном праву од тада нема никакав значај и губи свој смисао. Напротив, она је само измештена са терена законодавства и судске праксе на терен теорије и филозофије кривичног права, али и других научних дисциплина. Иначе, од теоријског разрешења тог питања умногоме зависи и то који концепт кривице ће бити прихваћен у кривичном праву и да ли ће и какву улогу кривица уопште имати у будућем развоју кривичног права. О кривичноправним позицијама слободе воље у кривичном праву вид., на пример, Hans-Ludwig Kröber, „Willensfreiheit und strafrechtliche Verantwortlichkeit aus Sicht der forensischen Psychiatrie", *Personalität – Studien zu einem Schlüsselbegriff der Philosophie* (Hrsg. Frank Kannetzky, Henning Tegtmeyer), Leipziger Universitätsverlag, Leipzig 2007, 321–338.

[40] Вид., на пример, August Finger, *Das Strafrecht*, I, Carl Heymanns Verlag, Berlin 1902^2, 168.

слободну вољу већ да ли је у време извршења кривичног дела имао неку душевну болест која има органски узрок.

Прихватањем новог психијатријског учења о душевним болестима у одредби о неурачунљивости европских кривичних законодавстава 19. века настаје савремени институт неурачунљивости[41], који се утврђује применом тзв. биолошког метода. Тиме су се стекли услови да се, са терена теолошко-филозофског, апстрактног, ирационалног, па и натприродног, пређе на терен конкретног, егзактног и природнонаучног. То је свакако значило побољшање у односу на претходно стање. Биолошки метод утврђивања неурачунљивости био је карактеристичан за европска кривична законодавства 19. века. Иако је први пут био прихваћен у аустријском Кривичном законику из 1803. године, тај метод би се с пуним правом могао назвати француским моделом утврђивања неурачунљивости у кривичном праву. Док се у аустријском кривичном законодавству задржао кратко, институт неурачунљивости који се констатује применом биолошког метода у француском кривичном законодавству задржао се непрекидно од Кривичног законика из 1810. године, па све до доношења Кривичног законика из 1994. године. Осим тога, биолошки метод су по угледу на француски Кривични законик преузела бројна кривична законодавства 19. века.[42]

Смисао тог метода је у томе што закон у одредби о неурачунљивости прописује један или више психопатолошких појмова, који означавају душевне болести органског порекла, које тадашња психијатрија прихвата и признаје. Уколико се у кривичном поступку докаже да је учинилац у време дела боловао од такве болести, то аутоматски доводи до његове неурачунљивости. Дакле, постојање или непостојање прописане психијатријске дијагнозе по аутоматизму се веже за постојање или непостојање неурачунљивости а да се претходно не испитује да ли је и на који начин констатовано психопатолошко стање утицало на психичко функционисање извршиоца у време извршења дела и у релацији према извршеном делу. Другим речима, постојање законом прописаних „биолошких" обележја извршиоца у време суђења повлачи неурачунљивост, па и ако болест није постојала у време дела, или је постојала али није уопште, или у већој мери, утицала на психичке способности лица, од којих зависи његово схватање онога што чини.

---

[41] Док се неурачунљивост у евроконтиненталном кривичном праву сматра основом искључења кривице, у англосаксонском праву традиционално представља вид одбране у кривичном поступку и одређује се помоћу правила која се називају тестови за утврђивање неурачунљивости. Вид. Иван Ђокић, *Општи појам кривичног дела у англо-америчком праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 158.

[42] Вид. детаљније Д. Дракић (2007), 30–31.

Очигледна је слабост тог метода. Његовом применом се апсолутизује значај психијатријске дијагнозе душевне болести, доказаног или претпостављеног органског порекла. Јер, констатација да постоји душевна болест доводи до нечије неурачунљивости а да уопште није испитано да ли и колики значај болест има за конкретно дело поводом којег се води кривични поступак.[43] То је истовремено у супротности са једном од најзначајнијих тековина принципа кривице – да се, наиме, кривица (а урачунљивост је елеменат кривице) веже за време извршења кривичног дела и за конкретно дело.[44] Данас је неоспорно да би се о кривици могло говорити само у односу на одређену норму.[45] С тим у вези, могло би се догодити да је неко био душевно болестан у време извршења дела, али да је у односу на конкретно дело био урачунљив. Ипак, према биолошком методу, ако вештак-психијатар констатује да извршилац има душевну болест са неким органским узроком, то ствара необориву претпоставку да је он био и морао бити неурачунљив. Такав логички след очигледно је био под утицајем мишљења да је органска патологија, која је наводно у основи сваке праве душевне болести, нешто што не подлеже контроли воље болесника, што судбински предодређује све његове поступке и чему се ниједан болесник не би могао психички одупрети. Савремена психијатријска и психолошка наука оповргле су тај априорни став раније психијатрије. Осим тога, тај метод занемарује и релативност појма кривице и феномена психопатолошког, односно не води рачуна о томе да се кривица, то јест урачунљивост, и феномен душевно болесног у ширем смислу могу степеновати. А идеја степеновања урачунљивости темељи се на ставу да неко лице може бити мање или више душевно поремећено у односу на кривичноправну норму које је прекршило. Самим тим, његова урачунљивост може бити мање или више умањена. Очигледно је да је у основи института (битно) смањене урачунљивости другачија садржина психопатолошког, којој психијатрија прве половине 19. века, по правилу, није придавала значај. Нема сумње да је појам психопатолошког много шири од душевне болести која има неки органски узрок, што је од средине 19. века почело полако да се увиђа.[46] Свођење душевне

43 Тако и Theodor Lenckner, „Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit“, *Handbuch der forensischen Psychiatrie* (Hrsg. Hans Göppinger, Hermann Witter), I, Springer Verlag, Berlin – Heidelberg – New York 1972, 92.

44 С тим у вези, о објективном урачунавању у кривичном праву вид. Игор Вуковић, *Објективно урачунавање у кривичном праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018.

45 Тај став је већ дуже време у теорији права углавном прихваћен, без обзира на то коју теорију о појму кривице прихватали. Вид., на пример, Ханс Келзен, *Главни проблеми теорије државног права* (превод са немачког Данило Н. Баста), Службени лист СРЈ – ЦИД, Београд – Подгорица 2001, 132.

46 То потврђује немачки психијатар Јасперс почетком 20. века те налази да је „једва код четвртине душевних болесника по болницама и заводима позната орган-

на телесну болест израз је природнонаучног и органицистичког начина размишљања и позитивистичких стремљења[47] у науци тог доба. Како је рекао немачки филозоф Едмунд Хусерл (*Edmund Husserl*), науке које се баве проучавањем психе човека не могу постојати ако им се прида исти објективитет као природним наукама. „Јер, за душу, за субјективитет као индивидуално, као поједину особу и поједини живот, објективитет у природно-научном смислу управо је бесмисао“.[48] Данас је то углавном неспорно. Коначно, последица доследне примене тог метода утврђивања неурачунљивости у судској пракси огледала се у томе што су вештаци-психијатри самостално, суверено и без икакве контроле суда одлучивали о судбини душевно болесних извршилаца. Јер, уколико постоји психијатријска дијагноза душевне болести која има неки органски узрок, постоји и неурачунљивост. И обрнуто. Задатак судије је био да само констатује оно што је вештак већ рекао и о чему је већ фактички он сам донео одлуку. Због тога би се могло са сигурношћу рећи да су у оним кривичним поступцима у којима се процењивала урачунљивост извршилаца према биолошком методу у пракси судили вештаци-психијатри, а не судије. Срећом, број таквих случајева није био велик јер су се вештаци ретко укључивали у кривичне поступке. А позивали су се ретко јер је поље психопатолошки релевантног којим се тадашња психијатрија бавила било уско и углавном се сводило на душевне болести које имају или би могле имати неки органски узрок.

3. НАСТАНАК ПСИХОЛОШКОГ МЕТОДА

Већ смо поменули да се од почетка 19. века, у складу са промењеним схватањем душевних болести у психијатрији, уместо тамница за „лудаке“, почињу градити велике душевне болнице[49] у којима ће бити смештани душевни болесници. Чини се да је изградња тих болница дочекана са поприличним олакшањем у јавности јер се однос друштва у целини према болесницима споро мењао.[50] И даље се сматрало да су они нешто негативно, опасно и друштвено штетно,

ска подлога обољења“. Вид. детаљније К. Јасперс, 739.

[47] О најезди позитивизма на почетку 19. века вид. Михаел Бок, „Објашњење и разумевање у друштвеним наукама: номотетички и идеографски приступ“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012, 8–9.

[48] Edmund Husserl, „Filozofija kao samoosmišljavanje čovječanstva, samoostvarenje uma“, *Novija filozofija zapada* (ur. Vladimir Filipović), Nakladni zavod Matice Hrvatske, Zagreb 1979, 316–317.

[49] Лоренцер истиче да од тада „након секуларизације и медикализације на позорницу у име напретка ступа сцијентификација“. Тако, A. Lorenzer, 59.

[50] С тим у вези, Добжански је још не тако давне 1962. године писао да се „с мучном спорошћу разабира да те невоље представљају болести, а не знаке обузето-

што може да нашкоди и „здравим" појединцима и друштву у целини. Људи су се тешко ослобађали укорењеног мишљења прошлих епоха, које је „закон природе" држао за основу етике – да је оно што је у складу са „природом" истовремено и етички исправно. „Ако је неки начин мишљења, осећања или делања 'у складу са природом', то се увек прихвата као јак доказ за његову исправност."[51] С обзиром на то да је душевна болест нешто неприродно, мишљење, осећање и делање болесних лица морало би се унапред одбацити и осудити као неетично. С тим у вези, Фуко истиче да је успостављање великих душевних болница, које су изграђене почетком 19. века, успело да осигура и потребе друштвеног поретка – „који је захтевао да буде заштићен од поремећаја умоболних", и терапеутске потребе – „које су захтевале изоловање болесника".[52]

Не само да се колективна, лаичка свест о болесницима веома споро мењала већ, упркос почетном ентузијазму, ни свест самих психијатара, чини се, није стајала много боље. Тако је новоустановљена институцијализација болесника веома брзо показала своје слабости. Поједини аутори су приметили да је у болницама одмах успостављен специфичан однос субординације. На једној страни налазили су се психијатри, као заступници друштвених интереса и протагонисти позиције моћи, а на другој – подређени пацијенти, чије је понашање, упркос промењеном схватању о природи и пореклу душевне болести, и даље изазивало страх, саблазан и револт. Фуко сматра да је тај однос моћи конституисао „апсолутно право нелудила над лудилом", право које се темељи на „знању, ауторитету и здравом разуму" психијатара, насупрот „незнању, заблуди и поремећености" душевно болесних.[53] Он истиче да је, као „амбасадор спољашњег света", психијатар имао обавезу да интервенише сваки пут када се за тим укаже потреба, с циљем да „у азилу наметне друштвене норме".[54] Дакле, уместо замишљеног односа равноправности и поверења, успостављен је однос доминације и неповерења између особља у душевним болницама, као заступника друштвених интереса, с једне стране, и пацијената, с друге стране. Због тога не треба да чуди што су се, од 19. века на овамо, чак и међу самим психијатрима, понекад образовали антипсихијатријски покрети и

сти злим дусима". Вид. Теодосијус Добжански, *Еволуција човечанства* (превод са енглеског Никола Туцић), Нолит, Београд 1982, 139.

[51] Џон Стјуарт Мил критикује ово мишљење у свом делу из 1874. године. Вид. Џон Стјуарт Мил, *Природно и неприродно* (превод са енглеског Светлана Самуровић), Карпос, Лозница 2008, 27–28.

[52] М. Фуко (2005), 461–462.

[53] Вид. *ibid*., 463.

[54] Вид. *ibid*., 480.

јављале депсихијатријске тежње. Припадници тих покрета указивали су на то да психијатри у процесу лечења морају водити рачуна искључиво о интересима пацијената, као равноправних партнера, те су захтевали „развлашћивање" психијатара од надлежности које им изворно не припадају.

Поменуто компромитовање психијатрије, као младе медицинске науке, све гласнији захтеви лекара од почетка 19. века не само да се чешће позивају да учествују у кривичним поступцима већ и да им се допусти озбиљнији утицај у судовима у одлучивању о судбини већег броја учинилаца кривичних дела[55] и слабости биолошког метода неурачунљивости, о којима смо говорили, утицали су на правнике да траже начине да заштите сопствену компетенцију у кривичном поступку. Судске установе су такве психијатријске тежње осећале као „некакву инвазију, заплену, искључење из њихових властитих надлежности".[56] Као последица таквих тенденција јавила се идеја о увођењу новог метода утврђивања неурачунљивости у кривичном праву – психолошког. То је био одговор правника на све већу „психијатризацију" кривичног права 19. века. Циљ је био да се психијатри потпуно искључе из кривичног поступка. То би се учинило на тај начин што би се из одредбе о неурачунљивости потпуно избациле психијатријске категорије, а испитивање урачунљивости ограничило искључиво на „психолошке карактеристике" – да ли је извршилац у време дела и у односу на дело имао способност расуђивања и одлучивања. То испитивање је требало да буде у искључивој надлежности судије. Неурачунљив би био онај извршилац којем су у време дела недостајале поменуте психичке способности.

Такозвани психолошки метод утврђивања неурачунљивости, међутим, није био шире прихваћен у теорији кривичног права, а у прошлости је у веома малом броју кривичних законодавстава био предвиђен тај метод.[57] Данас готово сви савремени кривичноправни системи[58] полазе од мешовитог метода утврђивања неурачунљивости.[59] То не треба да чуди. Највећи недостатак психолошког метода огледао

[55] Тако, Мишел Фуко, *Ненормални* (превод са француског Милица Козић), Светови, Нови Сад 2002, 55.

[56] *Ibid*.

[57] Тако, Д. Дракић (2007), 63.

[58] О схватању института кривичне одговорности у нашем савременом кривичном законодавству и теорији вид. Игор Вуковић, „Разумевање кривичне одговорности и кажњивости у српском законодавству и теорији", *Ревија за криминологију и кривично право* 2/2013.

[59] Тако, Наташа Делић, „Неке дилеме у вези утврђивања неурачунљивости и битно смањене урачунљивости", *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, 1. део* (ур. Ђорђе Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007, 151.

се у томе што би његова примена довела до широке правне несигурности, с обзиром на то да би процену нечије урачунљивости судије вршиле по осећају[60], а не на основу егзактних чињеница за чије је утврђивање потребно стручно психијатријско знање. Поставља се питање како ће судија који не поседује знања из области психијатрије проценити дејство одговарајућих психопатолошких стања или процеса на психичке функције одређеног извршиоца, од којих зависи и одлука о његовој урачунљивости. Одговор се сам намеће. Судија, који не познаје узроке, то јест психопатолошка стања или процесе који су постојали на страни извршиоца у време дела, не би могао ни извршити анализу дејстава тих узрока у односу на дело и дати одговор на питање да ли су и на који начин, односно у којој мери, та дејства била релевантна за његово психичко функционисање. Због тога је, чини се, психолошки метод унапред био осуђен на пропаст, док је његов значај у историји кривичноправне теорије и законодавства остао занемарљив. Стога треба нагласити да би се, иако се у теорији кривичног права говори о три метода утврђивања неурачунљивости која су постојала у историји кривичноправних идеја, могло тврдити да су само два метода утврђивања неурачунљивости остварила већи кривичноправни значај – биолошки и мешовити метод. Само та два метода оставила су дубљег трага у историји кривичноправне мисли, кривичног законодавства и правосуђа.

4. МЕШОВИТИ МЕТОД УТВРЂИВАЊА НЕУРАЧУНЉИВОСТИ

Средином 19. века догодила се суштинска промена у схватању душевно поремећеног у психијатрији.[61] Та промена је, нешто касније, довела до праве најезде психијатрије у кривични поступак, али и продора у све сегменте друштва. Од тада, предмет њеног интересовања није само душевна болест која има неки органски узрок, која је, дакле, проузрокована биолошким, ендогеним фактором. Другим речима, болест не потиче више само са „терена“ душевног болесника, из његове „конституције“. Она се све више доводи у везу са чиниоцима који делују споља, из болесникове околине. Премда се и даље признаје ендогени фактор као могући узрочник душевне болести, од средине 19. века се сматра да њу може проузроковати и егзогени фактор, самостално или у садејству са ендогеним. Такође, осим

[60] Тако и Claus Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, I, Verlag C. H. Beck, München 1997^3, 759.

[61] О савременим схватањима душевно здравог и поремећеног вид. монографију Александар Димитријевић, *Савремена схватања менталног здравља и поремећаја*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 2005.

душевно болесног у ужем смислу, тадашња психијатрија у поље своје надлежности и интересовања уноси и широко поље душевно поремећеног. У ту област се убрајају све душевне поремећености које се налазе између душевно болесног у ужем смислу, с једне стране, и душевног здравља, с друге стране. То је, дакле, област која се налази између нормалних душевних збивања и болесних психичких феномена. Касније се та област све више проширује, те настају „гранични случајеви“, „психичка гранична стања“ или „варијације личности“, под којима се подразумевају све неболесне душевне абнормалности.[62] То је имало за последицу да се разлика између душевно здраве и душевно болесне особе релативизује и често своди на степен, односно квантитет одступања од замишљено-пожељног психичког устројства „здраве“ личности. Због тога поједини аутори истичу да појам болести у психијатрији од тада није више само биолошки већ је и социјално-психолошки.[63]

Дакле, у другој половини 19. века долази до „експлозије“ симптоматолошког поља у психијатрији.[64] Она се од тада интересује за симптоме, односно понашања која раније нису била предмет њеног интересовања.[65] Фуко је, с тим у вези, помало иронично рекао да „све што је неред, недисциплина, подбадање, непокорност, јогунаст карактер, помањкање љубави, итд. све то се од сада може психијатризовати“.[66] Према његовом мишљењу, свако одступање „у односу на правила реда и прилагођавања“, која су одређена „било на темељу административног уређења, било на темељу политичког и друштвеног нормативитета“, могло је од тада бити предмет интересовања психијатрије.[67]

[62] О реченом вид. Д. Дракић (2007), 34.

[63] Вид. Walter Bräutigam, „Psychoanalise in foro“, *Handbuch der forensischen Psychiatrie* (Hrsg. Hans Göppinger, Hermann Witter), I, Springer Verlag, Berlin – Heidelberg – New York 1972, 794.

[64] М. Фуко (2002), 203.

[65] „Медикализацију“ друштва као да је, још у 16. веку, наслутио Монтењ, када је изјавио: „За мене здравље значи одржавати без поремећаја моје уобичајено стање.“ Вид. Мишел де Монтењ, *Огледи* (превод са француског Мила Ђорђевић), Рад, Београд 2016, 146.

[66] М. Фуко (2002). У наредном периоду долази до још већег ширења поља психопатолошког за које је заинтересована психијатрија. Као последица тога, јавља се, као што смо већ нагласили, чак и међу самим психијатрима тзв. антипсихијатријски покрет, који захтева повратак психијатрије у своје „природне“ границе. Најизразитији представник тог покрета у 20. веку био је психијатар Томас Сас (*Thomas Szasz*), који менталну болест чак карактерише као мит. Вид. Томас Сас, *Ментална болест као мит* (превод са енглеског Ксенија Влатковић), Clio, Београд 2008.

[67] М. Фуко (2002), 200. Иако се тај његов закључак може, са данашње временске дистанце, окарактерисати као пренаглашен, несумњиво је да концепт душевно болесног у ширем смислу има и своју значајну нормативну димензију. Како је рекао

С тим у вези, психијатри опет захтевају од правника да валоризују њихова нова сазнања о душевним болестима и поремећеностима, какве су захтеве уосталом упутили и почетком 19. века, у складу са тадашњим схватањима. Они захтевају да се у кривичним законима прошири попис психијатријских категорија које могу узроковати неурачунљивост. Мало-помало, кривична законодавства почињу да удовољавају тим психијатријским тежњама.[68]

Несумњиво је да је нови упад психијатрије у домен кривичног права и поступка захтевао одлучан одговор кривичара. Јер од сада се практично сваки извршилац, који је наводно био „психопата“, „неуротичар“, „фобичар“ или је имао неку другу новоуспостављену психијатријску дијагнозу, могао психијатријски вештачити и још рачунати на привилегован третман у кривичном поступку. Кајзер (*Günther Kaiser*) приметио је да је то ширење појма „патолошког“ нужно довело до тога да се смањи толеранција према истински болесним лицима у кривичним поступцима.[69]

Као брана од најављене „психијатризације“ кривичног права и поступка, настао је институт (битно) смањене урачунљивости, који има за последицу ублажавање казне.[70] Увођењем тог института правници су психијатрима ставили до знања да не може свака психијатријска дијагноза довести до искључења кривице. У ту сврху, у неким кривичним законима душевни поремећаји су класификовани на оне који могу довести до неурачунљивости и оне који могу проузроковати једино (битно) смањену урачунљивост. Учинак првих је доношење ослобађајуће пресуде, а други могу само утицати на снижавање мере казне, али у оквирима осуђујуће пресуде. Недуго затим, а негде и истовремено са тим, у великом броју кривичних законодавстава прописано је да је (битно) смањена урачунљивост факултативни основ за ублажавање казне. То је значило да је психијатар и даље могао (битно) смањено урачунљивом извршиоцу да припише одговарајућу дијагнозу, али да ће убудуће судија одлучивати о томе да ли ће ту дијагнозу валоризовати ублажавањем казне или ће пак сматрати да је кривичноправно ирелевантна, те ће га казнити истом казном којом би казнио и урачунљивог и душевно здравог извршиоца.

професор Стојановић, њен појам се данас не може одредити без узимања у обзир важећих норми у друштву: психосоцијалних, етичких, па чак делом и правних. Вид. Зоран Стојановић, „Кривично право и душевна болест“, *Социологија* LVII(2)/2015, 221.

[68] Вид. о томе више Д. Дракић (2007), 35.

[69] Тако, Günther Kaiser, „Entwicklungstendenzen des Strafrechts“, *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburstag* (Hrsg. Friedrich-Christian Schroeder, Heinz Zipf), Verlag C. F. Müller, Karlsruhe 1972, 33.

[70] О томе вид. Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, K. F. Koehler Verlag, Stuttgart 1961^{10}, 146–147.

Тиме се конституише принцип, који ће одиграти кључну улогу у будућим односима правника и психијатара у кривичном праву и поступку, који је изражен у ставу да није свака дијагноза која је за психијатре значајна истовремено значајна и за правнике. Другим речима, све оно што је психијатријски релевантно није и не мора бити и кривичноправно релевантно.

Значајнији је био други корак који је предузет у сврху заштите кривичног права и поступка од претераног и неоправданог психијатријског утицаја. Идеја је била да се психијатрима још јасније и одлучније стави до знања да је неурачунљивост, формално и суштински, кривичноправни институт. Али не на начин како је то својевремено учињено приликом покушаја концепирања тзв. психолошког метода утврђивања неурачунљивости, који је, због својих очигледних слабости, био унапред осуђен на неуспех. И тада се (крајем 19. и почетком 20. века) пошло од идеје да за кривично право не би требало да буде одлучујуће то што је неко душевно болестан или поремећен. Другим речима, институти неурачунљивости и (битно) смањене урачунљивости не смеју да се аутоматски и безусловно своде на констатацију психијатријске дијагнозе и да се по аутоматизму вежу за њу. Међутим, показало се да се та дијагноза не би смела ни потпуно игнорисати, како је то својевремено учињено применом психолошког метода. Несумњиво је да судија који не поседује знања из области психијатрије није у могућности да компетентно утврди квалитет и квантитет утицаја психопатолошког стања или процеса на психу извршиоца у време извршења дела и у односу на извршено дело. Очигледно је да он тај посао не би могао ваљано обавити без помоћи стручњака за психу човека. Стога је јасно да само тзв. биолошка компонента може јамчити правну сигурност јер судији даје одговор на питање под којим би претпоставкама могла доћи у обзир неурачунљивост или (битно) смањена урачунљивост. То је једини поуздан ослонац и неопходан услов за судију, на основу којег он треба да разреши нормативно-психолошка питања у оквиру друге компоненте предметног института. Већ је истакнуто, када не би постојала биолошка компонента, неминовно би дошло до широке правне несигурности и „утврђивања неурачунљивости по осећају".[71]

Међутим, осим дијагнозе, сада се с правом захтева још и вредносни суд о њеном утицају на оне психичке функције извршиоца које су релевантне за његово поимање конкретног дела које је извршио. За неурачунљивост није стога довољно да је извршилац душевно болестан или поремећен већ да у време извршења дела није могао да схвати значај онога што чини или да управља својим поступцима у односу на дело. Дакле, није више једино релевантна дијагноза, као

[71] C. Roxin, 759.

што је то према биолошком методу био случај, већ њен учинак на плану психичког функционисања извршиоца у време извршења дела и у односу на извршено дело. С обзиром на то да неурачунљивост или (битно) смањена урачунљивост није искључиво предмет дијагнозе већ је у већој мери – објект вредносног суда, за њено утврђивање одговорност сноси судија, а не вештак– психијатар. Тако је настао тзв. биолошко-психолошки метод[72] утврђивања неурачунљивости и (битно) смањене урачунљивости у кривичном праву. Иако је неколико земаља прихватило тај метод (додуше не увек у његовом чистом облику) још средином, а нарочито крајем 19. века[73], могло би се рећи да је он почетком 20. века доживео експанзију и почео полако да истискује биолошки метод. Данас је општеприхваћен и у теорији кривичног права и у кривичним законодавствима.

5. ЗАКЉУЧАК

Могло би се рећи, упркос тешкоћама његовог доследног спровођења у судско-психијатријској пракси, да је мешовити метод утврђивања неурачунљивости оправдао очекивања која су пред њега постављена. Као прво, он представља сигурну „брану“ од „психијатризације“ кривичног права и поступка. Показало се да је бојазан правника од ширења поља психопатолошког у психијатрији с краја 19. века била основана. Значајно проширење службено-струковне листе признатих психопатолошких поремећаја у психијатрији, до чега је дошло у међувремену[74], довело је до пораста броја људи који се с психијатријске тачке гледишта не сматрају здравим.[75] У таквој ситуацији је јасно да се психијатрима не сме допустити да доследно примењују своје званично учење о појму психопатолошког у кривичном праву и поступку, као што је то практично било могуће применом биолошког метода. Мешовити метод утврђивања неурачунљивости стога је онемогућио широки уплив психијатрије у домен кривичног права, са свим штетним последицама које из тога могу да произађу, уз допуштење да се она ангажује само у најтежим

[72] О разлозима због којих је тај метод исправније назвати биолошко-психолошко-нормативним вид. детаљније Наташа Делић, *Нова решења општих института у КЗС*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 115–117.

[73] Вид. Д. Дракић (2007), 38.

[74] Вид. о томе, на пример, Günter Tondorf, *Psychologische und psychiatrische Sachverständige im Strafverfahren*, C. F. Müller, Heidelberg 2005^2, 40–41.

[75] На то је указивао немачки психијатар Енгел још шездесетих година прошлог века. Вид. Rudolf Engell, „Seelische Störungen als Ursache von Straftaten“, *Verbrechen – Schuld oder Schicksal?* (Hrsg. Wilhelm Bitter), Ernst Klett Verlag, Stuttgart 1969, 181.

случајевима душевних поремећаја који једино могу искључити или (битно) смањити нечију урачунљивост. Абнормалностима, поремећајима и настраностима мањег степена, као и онима који, уопште или у већој мери, нису утицали на степен кривице учиниоца, мешовити метод не придаје значај. Психолошка компонента тог метода у првом реду омогућује правницима да спрече широко, неоправдано и некритичко искључење кривице, што би се могло догодити ако би се применио чисто биолошки метод. С друге стране, јасно и прецизно формулисани психички поремећаји у оквиру биолошке компоненте одредбе о неурачунљивости мешовитог метода обезбеђују правну сигурност јер неурачунљивост везују за познате, кривичноправно релевантне психопатолошке ентитете, за чије је утврђивање надлежна психијатрија. Тиме се спречавају правна несигурност и испитивање неурачунљивости по осећају до којих би могло доћи ако би се применила једино психолошка компонента, као у случају чисто психолошког метода.

Предност мешовитог метода састоји се и у томе што је њиме извршена строга подела надлежности у кривичном поступку између судије и вештака-психијатра, у оквиру које је прокламована вредносна неутралност вештака. Тиме је недвосмислено стављено до знања да је институт неурачунљивости, односно (битно) смањене урачунљивости, правни, а не медицински институт. У складу са природом тог метода, најпре би психијатар требало да утврди да ли је код извршиоца у време дела постојао неки релевантан душевни поремећај и да опише на који начин је утицао на његово психичко функционисање у време дела и у односу на дело. Након тога судија би требало да оцени да ли је и на који начин тај поремећај утицао на способност извршиоца да схвати значај учињеног дела и на његову способност да управља својим поступцима у односу на дело. Из тога се може закључити да психијатар констатује психопатолошке феномене, а судија утврђује учинке тих феномена на дело поводом којег се води кривични поступак. Задатак је психијатра, дакле, да пронађе и опише чињенице из области за коју је једино он стручан, а задатак је судије да изврши вредносну оцену тих чињеница у односу на конкретну кривичноправну норму и да, на основу те оцене, донесе одлуку о правним последицама. Свако од њих обавља свој посао на бази научно-практичне апаратуре сопствене науке и струке и у оквирима релевантних прописа. На тај начин је јасно дефинисано шта је у надлежности судије, а шта вештака. Такође, тиме је недвосмислено речено да коначну одлуку о неурачунљивости, односно (битно) смањеној урачунљивости, као питањима која се у суштини тичу нечије кривице за извршено дело, мора донети судија, а не вештак-психијатар.

Коначно, чини се да се највећи допринос биолошко-психолошког метода утврђивања неурачунљивости огледа у томе што се инсистира на чврстом везивању тог института за одређено кривично дело, то јест за конкретну кривичноправну норму. Како је рекао Роксин (*Claus Roxin*), неурачунљивост се не утврђује на апстрактан начин, везивањем за одређену психијатријску категорију, већ само у односу на конкретно дело.[76] Тиме се најпре изражава став да институт неурачунљивости није неки апстрактан појам који се везује искључиво за нечију душевну болест или поремећеност, од чијег постојања или непостојања зависи и одлука о неурачунљивости. Напротив, његова садржина је конкретна, у том смислу да се не може одвојити од конкретног дела поводом којег се води поступак а да се тиме не доведе у питање његово постојање као кривичноправног института. Другим речима, нема у начелу неурачунљивих или урачунљивих људи већ само неурачунљивих или урачунљивих у време извршења дела и у односу на конкретно дело.

С тим у вези, несумњиво је да човекова природа није једнозначна и непроменљива. Човек је противречно, антиномично биће.[77] Као што ниједан човек није у целини и за свагда добар или лош по својој „природи" већ је предиспониран и за добре и за лоше поступке, тако нико није увек и свуда потпуно душевно здрав[78] нити у свако време и за сваку своју мисао и дело – душевно болестан или поремећен.[79] Уопштено речено, човек по својој природи поседује биолошко-душевну предодређеност и за „богатство" и за „сиромаштво" у испољавању сопствених капацитета личности, а и једно и друго припадају једнако његовој „природи".[80]

Последице таквог резоновања су далекосежне и несумњиво имају хуману димензију. Она се огледа у томе што се сваки човек, па и онај који је душевно поремећен, уважава у целини, са пуним достојанством и дигнитетом сопствене личности. Јер, уколико би се одређени човек, генерално и унапред, прогласио неурачунљивим због тога што је душевно оболео, на тај начин би му било ускраћено

[76] Тако, C. Roxin, 758.

[77] Тако, Светомир Бојанин, *Велика забуна или криза психијатријске мисли*, Конрас, Београд 2011, 276.

[78] Да и душевно здрави људи имају, или могу имати, психотичне епизоде, и обрнуто, вид. Душан Кецмановић, *Очима психијатра*, Clio, Београд 2010, 107–125. У том смислу, о односу између нормалног и патолошког, вид. Милан Костић, *Форензичка психологија*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 2002, 98–104.

[79] Штавише, у делу модерне психијатријске науке данас је заступљен став да је ментална болест само један од начина постојања људи. Вид. детаљније С. Бојанин, 277–280.

[80] Тако, Hans Jonas, *Das Prinzip Verantwortung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 2003, 385.

људско достојанство и био би трајно означен као мање вредан.[81] Артур Кауфман (*Arthur Kaufmann*) истиче да слобода, достојанство, одговорност и урачунљивост човека леже у истој равни, они су израз његовог бића и исконски су за њега срасли.[82] У тој „егзистенцијалној слободи", која је иманентна сваком човеку, „лежи његова одговорност за себе самог, на чему се темељи и његова способност да се буде крив".[83] Стога би се могло тврдити да је способност да се буде крив за сопствене поступке, па тако и за кривична дела, привилегија, а не казна за човека.[84] Та способност га потврђује као људско биће.[85] С друге стране, унапред прогласити неког неурачунљивим за сваки његов поступак само зато што је душевно оболео у једном тренутку свог живота значи учинити га мање вредним, недостојним равноправног саучествовања и у остваривању својих права и у преузимању обавеза и одговорности, па и у полагању рачуна за своје поступке. Могло би се чак тврдити да, уколико би се негирала свака могућност да душевни болесник може бити урачунљив и крив за извршено конкретно дело, то би значило да га не само проглашавамо квалитативно другачијим и тиме мање вредним већ га практично и негирамо као људско биће, које је изједначено са другима и у својим правима и у својим обавезама. А управо такве неправедне закључке и нехумане ставове одлучно одбацује мешовити метод утврђивања неурачунљивости.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Аćimović, M., „Problemi duševno obolelih učinilaca krivičnih dela u krivičnim naukama", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 3–4/1978.

Авакумовић, Ј. Ђ., *Теорија казненог права – први део*, II, Српска-краљевска државна штампарија, Београд 1887. (Avakumović, J. Đ., *Teorija kaznenog prava – prvi deo*, II, Srpska-kraljevska državna štamparija, Beograd 1887)

Bloch, E., *Princip nada* (prijevod sa njemačkog H. Šarinić), II, Naprijed, Zagreb 1981.

Бојанин, С., *Велика забуна или криза психијатријске мисли*, Конрас, Београд 2011. (Bojanin, S., *Velika zabuna ili kriza psihijatrijske misli*, Konras, Beograd 2011)

[81] Слично Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip – eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg 1976^2, 118.

[82] Тако, *ibid*.

[83] *Ibid*.

[84] Слично размишља и Сас. Вид. Т. Сас, 148.

[85] Слично З. Стојановић, 225.

Бок, М., „Објашњење и разумевање у друштвеним наукама: номотетички и идеографски приступ“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012. (Bok, M., „Objašnjenje i razumevanje u društvenim naukama: nomotetički i ideografski pristup“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2012)

Bräutigam, W., „Psychoanalise in foro“, *Handbuch der forensischen Psychiatrie* (Hrsg. H. Göppinger, H. Witter), I, Springer Verlag, Berlin – Heidelberg – New York 1972.

Делић, Н., „Неке дилеме у вези утврђивања неурачунљивости и битно смањене урачунљивости“, *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања*, *1. део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007. (Delić, N., „Neke dileme u vezi utvrđivanja neuračunljivosti i bitno smanjenje uračunljivosti“, *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, *1. deo* (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2007)

Делић, Н., *Нова решења општих института у КЗС*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009. (Delić, N., *Nova rešenja opštih instituta u KZS*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009)

Де Монтењ, М., *Огледи* (превод са француског М. Ђорђевић), Рад, Београд 2016. (De Montenj, M., *Ogledi* (prevod sa francuskog M. Đorđević), Rad, Beograd 2016)

Димитријевић, А., *Савремена схватања менталног здравља и поремећаја*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 2005. (Dimitrijević, A., *Savremena shvatanja mentalnog zdravlja i poremećaja*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd 2005)

Добжански, Т., *Еволуција човечанства* (превод са енглеског Н. Туцић), Нолит, Београд 1982. (Dobžanski, T., *Evolucija čovečanstva* (prevod sa engleskog N. Tucić), Nolit, Beograd 1982)

Додс, Р. Е., „Благослови лудила“, *Грци и ирационално* (превод са енглеског Б. Глигорић), Службени гласник, Београд 2005. (Dods, R. E., „Blagoslovi ludila“, *Grci i iracionalno* (prevod sa engleskog B. Gligorić), Službeni glasnik, Beograd 2005)

Дракић, Д., *Неурачунљивост*, Школска, Нови Сад 2007. (Drakić, D., *Neuračunljivost*, Školska, Novi Sad 2007)

Дракић, Д., „О настанку мера безбедности као кривичних санкција“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2015. (Drakić, D., „O nastanku mera bezbednosti kao krivičnih sankcija“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2015)

Ђокић, И., *Општи појам кривичног дела у англо-америчком праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016. (Đokić, I., *Opšti pojam krivičnog dela u anglo-američkom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016)

Eliade, M., *Mit o vječnom povratku* (prijevod sa francuskog Lj. Novković), Jesenski i Turk, Zagreb 2007.

Engell, R., „Seelische Störungen als Ursache von Straftaten", *Verbrechen – Schuld oder Schicksal?* (Hrsg. W. Bitter), Ernst Klett Verlag, Stuttgart 1969.

Finger, A., *Das Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, Berlin 1902[2].

Фосије, Р., *Људи средњег века* (превод са француског Т. Пекић *et al*.), Адреса, Нови Сад 2009. (Fosije, R., *Ljudi srednjeg veka* (prevod sa francuskog T. Pekić *et al*.), Adresa, Novi Sad 2009)

Фуко, М., *Ненормални* (превод са француског М. Козић), Светови, Нови Сад 2002. (Fuko, M., *Nenormalni* (prevod sa francuskog M. Kozić), Svetovi, Novi Sad 2002)

Фуко, М., *Психијатријска моћ* (превод са француског М. Козић), Светови, Нови Сад 2005. (Fuko, M., *Psihijatrijska moć* (prevod sa francuskog M. Kozić), Svetovi, Novi Sad 2005)

Husserl, E., „Filozofija kao samoosmišljavanje čovječanstva, samoostvarenje uma", *Novija filozofija zapada* (ur. V. Filipović), Nakladni zavod Matice Hrvatske, Zagreb 1979.

Janzarik, W., „Zur Geschichte der forensischen Psychiatrie", *Handbuch der forensischen Psychiatrie* (Hrsg. H. Göppinger, H. Witter), I, Springer Verlag, Berlin – Heidelberg – New York 1972.

Јасперс, К., *Општа психопатологија* (превод са немачког П. Милекић), Просвета, Београд 1978. (Jaspers, K., *Opšta psihopatologija* (prevod sa nemačkog P. Milekić), Prosveta, Beograd 1978)

Jonas, H., *Das Prinzip Verantwortung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 2003.

Kaiser, G., „Entwicklungstendenzen des Strafrechts", *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburstag* (Hrsg. F-Ch. Schroeder, H. Zipf), Verlag C. F. Müller, Karlsruhe 1972.

Капамаџија, Б., *Судска психијатрија*, Матица српска, Нови Сад 1974. (Kapamadžija, B., *Sudska psihijatrija*, Matica srpska, Novi Sad 1974)

Kaufmann, A., *Das Schuldprinzip – eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg 1976[2].

Келзен, Х., *Главни проблеми теорије државног права* (превод са немачког Д. Н. Баста), Службени лист СРЈ – ЦИД, Београд –

Подгорица 2001. (Kelzen, H., *Glavni problemi teorije državnog prava* (prevod sa nemačkog D. N. Basta), Službeni list – CID, Beograd – Podgorica 2001)

Кецмановић, Д., *Очима психијатра*, Clio, Београд 2010. (Kecmanović, D., *Očima psihijatra*, Clio, Beograd 2010)

Костић, М., *Форензичка психологија*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 2002. (Kostić, M., *Forenzička psihologija*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd 2002)

Kröber, H. L., „Willensfreiheit und strafrechtliche Verantwortlichkeit aus Sicht der forensischen Psychiatrie“, *Personalität – Studien zu einem Schlüsselbegriff der Philosophie* (Hrsg. F. Kannetzky, H. Tegtmeyer), Leipziger Universitätsverlag, Leipzig 2007.

Lenckner, T., „Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit“, *Handbuch der forensischen Psychiatrie* (Hrsg. H. Göppinger, H. Witter), I, Springer Verlag, Berlin – Heidelberg – New York 1972.

Lorenzer, A., *Intimnost i socijalna patnja* (prijevod sa njemačkog B. Buden), Naprijed, Zagreb 1989.

Љубичић, М., *О неурачунљивости – социолошка студија*, Досије, Београд 2015. (Ljubičić, M., *O neuračunljivosti – sociološka studija*, Dosije, Beograd 2015)

Мил, Џ. С., *Природно и неприродно* (превод са енглеског С. Самуровић), Карпос, Лозница 2008. (Mil, Dž. S., *Prirodno i neprirodno* (prevod sa engleskog S. Samurović), Karpos, Loznica 2008)

Mommsen, T., *Römisches Strafrecht*, Akademische Druck – U. Verlagsanstalt, Graz 1955.

Radbruch, G., *Einführung in die Rechtswissenschaft*, K. F. Koehler Verlag, Stuttgart 1961^{10}.

Roxin, C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, I, Verlag C. H. Beck, München 1997^{3}.

Сартр, П. Ж., „Картезијанска слобода“, *Портрети* (изабрао М. Стамболић, превод са француског С. Марић *et al.*), Нолит, Београд 1981. (Sartr, P. Ž., „Kartezijanska sloboda“, *Portreti* (izabrao M. Stambolić, prevod sa francuskog S. Marić *et al.*), Nolit, Beograd 1981)

Сас, Т., *Ментална болест као мит* (превод са енглеског К. Влатковић), Clio, Београд 2008. (Sas, T., *Mentalna bolest kao mit* (prevod sa engleskog K. Vlatković), Clio, Beograd 2008)

Schmidt-Recla, A., *Theorien zur Schuldfähigkeit*, Leipziger Universitätsverlag, Leipzig 2000.

Стојановић, З., „Кривично право и душевна болест“, *Социологија* LVII(2)/2015. (Stojanović, Z., „Krivično pravo i duševna bolest“, *Sociologija* LVII(2)/2015)

Широкова, М., „Лечење душе“, *Човек – енциклопедија психологија* (ур. Т. Миличић, превод са руског Љ. Миличић), Софос, Београд 2007. (Širokova, M., „Lečenje duše“, *Čovek – enciklopedija psihologija* (ur. T. Miličić, prevod sa ruskog Lj. Miličić), Sofos, Beograd 2007)

Tondorf, G., *Psychologische und psychiatrische Sachverständige im Strafverfahren*, C. F. Müller, Heidelberg 2005[2].

Вајс, А., *Развитак цивилизације*, Народна књига, Београд 1965. (Vajs, A., *Razvitak civilizacije*, Narodna knjiga, Beograd 1965)

Von Hofmann, E., *Lehrbuch der gerichtlichen Medizin*, Urban&Schhwarzenberg, Wien – Leipzig 1895[7].

Von Krafft-Ebing, R., *Grundzüge der Criminalpsychologie*, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart 1882.

Вуковић, И., *Објективно урачунавање у кривичном праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018. (Vuković, I., *Objektivno uračunavanje u krivičnom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018)

Вуковић, И., „Разумевање кривичне одговорности и кажњивости у српском законодавству и теорији“, *Ревија за криминологију и кривично право* 2/2013. (Vuković, I., „Razumevanje krivične odgovornosti i kažnjivosti u srpskom zakonodavstvu i teoriji“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 2/2013)

Жакар, Р., *Лудило* (превод са француског Б. Лаловић), Библиотека XX век, Београд 1997. (Žakar, R., *Ludilo* (prevod sa francuskog B. Lalović), Biblioteka XX vek, Beograd 1997)

Dragiša Drakić, PhD

Full Professor
University of Novi Sad, Faculty of Law

Gordana Drakić, PhD

Associate Professor
University of Novi Sad, Faculty of Law

FROM THE BIOLOGICAL TO THE MIXED METHOD OF DETERMINING MENTAL INCOMPETENCY IN CRIMINAL LAW

Summary

The authors have analysed first the evolution of the ideas concerning the phenomenon of the mentally ill throughout history, up to the modern concept of mental illness and disorder. This approach to the treatment of the material was necessary because it is clear that the contents, as well as the legal significance, of the institute of incompetency is heavily dependent on the prevalent concept of psychopathology.

The authors assert that the current approach to the institute of mental incompetency, which was in the beginning determined by application of the biological method, appeared in the beginning of the nineteenth century, with the adoption of the then predominant psychiatric teachings on mental illness. Further in the text the authors highlight the advantages and disadvantages of this method. In an attempt to limit the growing psychiatric influence on criminal law, a new, psychological method for determining mental incompetency was conceived in time. Due to obvious shortcomings, this method has never managed to affirm itself, neither in theory, nor in criminal law.

The authors have dedicated the final part of their work to the detailed examination of the biological-psychological method of determining mental incompetency, which was devised in reaction to the disadvantages of the previous two methods. They stress that, unlike these methods, the mixed method ensures legal certainty because it clearly divides jurisdiction between the judge and expert witness-psychiatrist in the proving of a person's mental incompetency. Finally, it also affirms one of the most

important achievements of the modern criminal responsibility principle – the linking of criminal responsibility to a certain crime and the moment in which it was committed.

Key words: *Mental Incompetency. – Criminal law. – Methods for determining mental incompetency.*

Article history:
Received: 14. 3. 2018.
Accepted: 29. 6. 2018.

УДК 342.56(73)

CERIF: S115, S142

Др Миша Ђурковић[*]

РОБЕРТ БОРК И ПРОБЛЕМ СУДСКЕ ДИКТАТУРЕ[**]

Аутор овог чланка се бави проблемом судске диктатуре. У питању је тенденција судске власти у западним земљама, а пре свега у Сједињеним Америчким Државама (САД), да узурпира и нелегално преузима ингеренције законодавне власти. Судије то раде да би промовисале антитрадиционалне левичарске вредности. Аутор посебно издваја рад судије Роберта Борка који је показао како се истовремено одвијају оба та процеса и како велику улогу судије имају у такозваним културним ратовима. Детаљно се обрађују методи и случајеви у којима је Врховни суд САД у последњих седамдесет година мењао вредносни, политички па и уставни систем САД, доношењем неуставних одлука. На крају се представља и тзв. оригиналистичко тумачење судске праксе за које се Борк залагао.

Кључне речи: *Судије. – Судска диктатура. – Левица. – Робер Борк. – Оригинализам.*

1. СУДСТВО У СЛУЖБИ ПОЛИТИКЕ

Ако покушамо да нађемо простор у коме се данас одвијају најбрже и најдинамичније промене у друштву, вероватно би биоетика и биомедицина биле међу најозбиљнијим кандидатима. Захваљујући изванредном напретку биомедицинске технологије, али и променама перцепције и схватања, убрзано се редефинишу неки од фундаменталних феномена и појмова као што су зачетак, особа, смрт, родитељ, мајка или брак. Нажалост, успут нестају традиционални морални и

[*] Аутор је научни саветник и директор Института за европске студије, *md-jurkov@gmail.com.*

[**] Чланак је настао као резултат рада на пројекту Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије 179014. Краћа верзија чланка објављена је у часопису *Политеиа*, који издаје Факултет политичких наука Универзитета у Бањој Луци.

правни оквири, што се дешава супротно вољи већине народа. Елите делују сасвим одвојено од обичног света и за њих је много важније шта кажу финансијери и други припадници елите него бирачи које политичари уредно варају на свим изборима.

Како се ти процеси одвијају? Ствара се општа друштвена атмосфера посредством академске заједнице, корпорација и њихових фондација, невладиних организација, контролисаних медија, образовних институција и других инструмената за превредновање традиционалних вредности и за *глајхшалтовање* јавног простора. У том процесу огромну и најмање запажену улогу има судство. Да унапред сажмемо тезу коју овде износим и браним: судови су од контролора и заштитника демократије и владавине права, те субјекта који се пре свега води процедуралним узусима, постали политички инструменти за реконструкцију друштва супротно вољи народа и за наметање онога што они виде као садржинску (супстантивну) правду.

Упечатљив пример из нашег окружења су највише судске инстанце два протектората, Босне и Херцеговине и Косова. У оба суда седе и судије које су странци, недржављани ентитета у којима суде. Њихова улога је јасно политичка, што је било очигледно, на пример, у одлуци о укидању празника Дана Републике Српске. Но исти процеси се дешавају и у мање драстичном окружењу па су сада већ по злу чувени Врховни суд САД или Израела.

Са тим проблемима први пут сам се сусрео пре седам, осам година када сам покушавао да реконструишем развој деснице у другој половини 20. века.[1] Тада сам први пут приметио како су заправо САД темељито измењене током пола века у вредносном смислу, пре и изнад свега захваљујући деловању њиховог Врховног суда. Судија Ерл Ворен је најважније име тог подухвата, али је временом добијао све већи број значајних настављача који су додатно развијали његов левичарски судски активизам. Као и у многим другим случајевима, тог ултралибералног судију номиновао је републикански председник Двајт Ајзенхауер.

Тада сам такође био шокиран деноминацијским саставом те институције, која заправо има улогу неке врсте вредносног диктатора у САД. Троје судија су били Јевреји, а шесторо римокатолици. Дакле, у земљи коју су створили тзв. WASP-овци, данас нема ниједног ко би седео у телу у коме се очигледно доносе најважније одлуке о будућем вредносном и друштвеном усмерењу њихове домовине. Судија Сотомајор је, уз то, по мајци такође Јеврејка и занимљиво је да су све четворо судија са јеврејским пореклом радикални леви либерали који увек гласају у правцу насилне измене вредносног

1 Вид. Миша Ђурковић, *Идеологија, партије и међународни односи*, ИПС, Београд 2012.

система Америке. Дакле, чак и у погледу представника јеврејске заједнице, очигледна је дискриминација конзервативних Јевреја који су веома заступљени у својој верској и етничкој заједници.

Тако сам најпре наишао на феномен, а затим и на идиом „судска диктатура“ (*judicial dictatorship*).[2] У овом раду представићемо сам феномен судске диктатуре и посебно се осврнути на рад недавно преминулог судије и правног теоретичара Роберта Борка, који је најпознатији критичар тог насилног, неограниченог и веома опасног[3] судског активизма. Борк је дао изванредан допринос десној мисли у 20. веку, тиме што је скренуо пажњу на то како се грамшијевски марш кроз институције одвијао у судству и како је судство, као темељна институција либералне демократије, деградирано и претворено у инструмент друштвеног *глајхшалтунга* у левом смеру.

2. РАСПРОСТИРАЊЕ СУДСКЕ ДИКТАТУРЕ

Као што је познато из правне и судске теорије, англосаксонска правна традиција почива на идеји прецедентног права у коме су судије увек имале истакнуто место. Но, за разлику од Велике Британије, САД су одмах након оснивања добиле писани, кодификовани Устав који је у великој мери бар за сто педесет година ограничио фундаменталистичке претензије судског активизма. Александар Хамилтон је тада одредио судство као „најмање опасну грану власти“.[4] Треба додуше поменути да се већ 1803. године, одлуком суда у случају *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), којом је суд себе овластио да врши судску оцену и ревизију законодавних одлука, отворио простор за будуће проблеме.[5] Постоје

---

[2] У Француској се за исти феномен користи нешто блажи израз *gouvernement des juges*, који је изумео Едуард Ламбер. Вид. Cesare Pinelli, „Gouvernement des Juges“, Petite Histoire du Terme“, 2009, *www.umk.ro/images/documente/publicatii/masarotunda2009/13_gouvernement.pdf*, 12. фебруар 2018. Борк, а и други критичари користе и друге сличне изразе као што је „судски активизам“, који је 1947. увео Артур Шлезингер Јуниор.

[3] Још Алексис Токвил је у свом најпознатијем делу упозоравао на потенцијалне проблеме таквог истакнутог положаја судства, чије неодговорне судије могу да изазову озбиљне поделе у друштву и чак грађански рат. Чини се да је данас Америка, пре свега због тог насиља тзв. нове класе и судија над традиционалним вредностима у које већина верује, веома близу озбиљних унутрашњих сукоба, па чак и некаквих облика грађанских ратова.

[4] То је наслов класичне Бикелове књиге из 1962. године која се бави историјом и улогом Врховног суда у систему САД. Вид. Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Bobbs-Merrill, Indianapolis 1962.

[5] Осим у том случају, Врховни суд је само још једном пре Грађанског рата интервенисао у законодавни процес, у контроверзном случају *Dred Scott v. Sandford*, *60 U.S. (19 How.) 393*, 1857. године. Међутим, за само десет година, између 1990. и

теоретичари који сматрају да је та одлука не само проблематична него и неуставна.[6]

Лино Граља подсећа на расправу о положају судија у америчком уставу која је претходила ратификацији. Антифедералиста који је писао под именом Брут упозорио је на то да је устав судијама дао веома проблематично место. Изнад њих нема никакве друге моћи да их контролише, нема ауторитета који може да их уклони и не могу да се контролишу законима легислатуре. Укратко, тврдио је Брут, они су независни од народа, законодавства и од било које друге моћи под небесима. А као такви, брзо ће осетити да су независни и од самих небеса.

У одговору у есеју (данас познатом као „Федералист 78"), Хамилтон је наивно тврдио да се сигурно неће десити мешање судства у рад законодавства и да они не могу да имају моћ да стварају политике. Те своје тврдње заснивао је на тези да суд нема ни мач ни кесу, за разлику од Конгреса, и сматрао је да је моћ импичмента потпуно обезбеђење против могуће узурпације судске моћи. Граља подсећа да је већ Џеферсон као председник 1805. године, након неуспешног покушаја импичмента судије Семјуела Чејса, закључио да је то фарса, да институт импичмента чак не може да се користи против судија ни за застрашивање.[7]

У теорији се дуго води расправа о стварном положају судства у западној правној држави, односно касније либералној демократији. Континентална теорија, у којој доминира традиција писаних устава и доминације легислативе, инсистира на идеји о судијама као простим примениоцима закона, покушавајући да ограничи сваку могућност њиховог активизма.[8] Но чак се и у англосаксонском праву очекивало да судија буде ограничен законима и обичајима државе у којој врши правосудну власт, да и приликом постављања преседената буде посвећен примени принципа и правила која стварно постоје и

2000, суд је оборио чак 28 закона Конгреса. Keith E. Whittington, „The Death of the Legalized Constitution and the Spectre of Judicial Review", *Courts and the Culture Wars* (ed. Bradley C. S. Watson), Lexington Books, Minneapolis 2002, 27.

[6] Вид. Christopher Wolfe, „From Constitutional Interpretation to Judicial Activism: The Transformation of Judicial Review in America", The Heritage Foundation Report 2006, *http://www.heritage.org/node/16876/print-display*, 18. март 2018; Robert Bork, *Coercing Virtue, The Worldwide Rule of Judges*, AEI, 2003.

[7] Lino Graglia, „Constitutional Law without the Constitution: The Supreme Court's remaking of America", *A Country I do not Recognize* (ed. Robert Bork), Hoover Institution Press, Stanford 2005, 6 и 7.

[8] Подсетимо се само спора између Карла Шмита и Ханса Келзена о томе ко треба да буде „чувар устава". Вид. Карл Шмит, „Чувар устава" и Ханс Келзен, „Ко треба да буде чувар устава?", у Карл Шмит, *Норма и одлука: Карл Шмит и његови критичари*, Филип Вишњић, Београд 2001.

функционишу у укупном уставноправном и моралном оквиру друштва и државе.

Током последњих пола века догодила се, међутим, радикална промена и у судској пракси и у образложењима пресуда, што посебно у последњих неколико деценија прате и нови теоријски трендови у тумачењу положаја судске власти у либералним демократијама.

Хиршл подсећа да су до 1942. године само у две државе на свету, САД и Норвешкој, судови имали право да националне законе прогласе неуставним. Када је он писао књигу пре петнаестак година, број држава у којима је то данас могуће и у којима су судови фактички преузели значајан део законодавне моћи од парламената попео се на преко осамдесет.[9] Оно што је раније деловало као незамислив хибрис, а затим се опрезно примењивало уз одбијање да се именује, данас се отворено примењује и теоријски брани као легитимно, неопходно и наводно једино могуће у либералним демократијама.

Тако је већ средином претпрошле деценије увелико почело да се говори о феномену судске диктатуре, судског активизма, судске олигархије, о јуристократији, односно судократији, џудикализацији политике итд. Укратко ту појаву коју, следећи Борка, називамо судском диктатуром одређујемо на следећи начин: у либералнодемократским државама судије су временом почеле да отимају законодавну функцију од легитимних и изабраних представника народа. Уместо да укидају неуставне законе, оне су отворено почеле да шире своје ингеренције и да саме доносе правне и друштвене норме иако знају да за њих често не постоје никакве основе у уставу. Штавише, услед своје идеолошке агенде, привилеговану судску позицију користе за политички активизам, сматрајући да су њихово право и обавеза да реформишу друштво, односно да по свом нахођењу доносе правила и норме за које јасно знају да су противзаконите и да је против њих огромна већина грађана. Дакле, док су раније судије биле ограничене на примену писаног устава и спречавање доношења неуставних закона и норми, чувајући наслеђени морал, обичаје и узусе, данас судије сматрају да је њихов задатак управо да мењају све оно што је наслеђено и да у ту сврху делају као псеудозаконодавци.[10]

За тај феномен Роберт Борк користи и израз „америчка болест“. Проблем је у томе што се та америчка болест шири у све већи број

[9] Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2004.

[10] „Традиционално схватање је било да је подела власти учинила законодавство и извршну власт одговорним за промену, а Суд чуваром континуитета и стабилности. Суд је, међутим, током последњих тридесет година од себе направио главног промотера промене – оног који делује без демократске контроле да би остварио циљеве који не би могли да се реализују у демократском процесу.“ William Quirk, Randall Bridwell, *Judicial Dictatorship*, Transaction Publishers, New Jersey 1995, xv.

земаља, укључујући и правне системе који су јасно били утемељени у традицији континенталног права. То полако ствара идеолошко и струковно братство између глобалне судске олигархије, која, лишена контроле, почиње да примењује антидемократски и антизаконодавни модел одлучивања по истом рецепту. У том оквиру глобализације судског активизма треба посматрати све распрострањенију моду да судије у једној држави примењују одлуке судија из других држава или необавезујуће одлуке и мишљења судија међународних судова. Та нова пракса би за судије пре пола века била сасвим неразумљива. Свака судска пресуда морала би да води рачуна о узусима, навикама, традицијама и моралним схватањима заједнице у којој се доноси. Какве везе има одлука донета у Израелу са, на пример, канадским уставноправним системом?[11]

Као што ћемо видети, то разуларено понашање судства које је добило нову врсту самопоуздања може се видети у разним областима права, од породичног до грађанског и кривичног права. Најразорније је, међутим, тамо где је уочљиво настојање да се превреднују наслеђене вредности, дакле, да се елиминишу религија и морал, да се разори и редефинише породица итд.

Случај *Roe v. Wade*, 410 U.S, којим је 1973. године легализован, односно насилно наметнут абортус на територији целокупних САД, типичан је пример одлуке за коју је свима јасно да нема никакве основе у уставу. Право на абортус конструисано је и изведено из конструкције некаквог права на приватност које такође не постоји у Уставу САД. Та одлука већ 45 година дели америчко друштво на пола, изазива бројне сукобе, радикално је повећала број абортуса у Америци, а и даље је једна од кључних тема у културном рату и свакој председничкој кампањи.

Феномен судске диктатуре је посебно обележио САД које су од педесетих година 20. века, од времена Врховног суда Ерла Ворена до данас, темељно измењене у правном, друштвеном и вредносном смислу, пре свега захваљујући активистичком деловању судија левичара. Ако се погледају најважније друштвене промене које су се одвијале у тој држави после Другог светског рата, види се да оне нису дошле ни од извршне ни од законодавне већ управо од судске гране

[11] Борка су посебно забрињавали та интернационализација правног хаоса и покушаји међународних активиста да врше притисак на САД да промене регулативу којом се уређују смртна казна, положај жена, деце и мањина и Други амандман (право на поседовање и ношење оружја). У Уводу за *Земљу коју не препознајем* каже како ти активисти уз помоћ америчких истомишљеника покушавају да наметну политичку коректност као ново међународно право. Вид. Robert Bork (ed.), *A Country I do not Recognize*, Hoover Institution Press, Stanford 2005, 36. Он говори и о правницима који тврде да су њихова мишљења на стручним конференцијама валидни документи међународног права итд.

власти. Све кључне промене, од укидања расне сегрегације (па њеног поновног враћања путем посебног права гласа), легализације абортуса, увођења афирмативне акције односно позитивне дискриминације, избацивања религије из јавних школа и са јавних места, до недавне легализације хомосексуалних „бракова“, урађене су путем одлука судова. Парадоксално, на снази је све време био исти уставни документ (уз један број амандмана), тако да је очигледно да су судије давале сасвим нова, врло широка и најчешће незаснована тумачења којима су фактички конструисале нова, дотад непозната права и мењале законски и нормативни оквир у држави.

То се међутим шири и на друге културе и земље. На пример, Европска економска заједница, данас Европска унија, заснована је на две кључне, крајње контроверзне одлуке Европског суда правде: *Costa v. ENEL* (1964) *Case* 6/64 (успостављање надређености комунитарног права) и претходне одлуке *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* (1963) *Case* 26/62 (успостављање директног дејства европског комунитарног права у појединачним државама). Парадоксално је да се у свим прегледима развоја Уније шездесете године узимају као доба евросклерозе када наводно ништа није урађено у процесу евроинтеграција, иако је фактички тим двема одлукама заједница суштински успостављена као јединствен правни оквир.

После тога је почело да се шири и на друге појединачне земље. Данас је, рецимо, посебно Израел чувен по томе. Све више се говори о „глобализацији судског активизма“. Још 1991. године Кенет Холанд је приредио пионирски зборник *Судски активизам у компаративној перспективи*[12], у коме је још на почетку ширења те праксе показао како се амерички модел преузима и етаблира у још десетак земаља, укључујући и оне са јасном континенталном традицијом (Италија, Немачка, Француска), или чак и Јапан и простор бившег СССР-а.

Већ 1997. године Нил Тејт и Торбјорн Валиндер[13] направили су одличан преглед масовног тренда ширења судске власти и по дубини и по ширини. У зборнику који има преко 500 страна под називом *Глобално ширење судске власти* дали су теоријски и историјски преглед појаве све веће судске доминације, а затим и велики број појединачних случајева у којима је обрађена судска узурпација моћи у петнаестак држава, од САД и чланица Комонвелта, до Скандинавије, држава континенталног права, Израела, бивших комунистичких земаља и на крају Филипина и Намибије.

---

[12] Kenneth Holland (ed.), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, Palgrave Macmillan, London 1991.

[13] Вид. Neal Tate, Torbjorn Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York 1997.

У књизи која је објављена две године раније, Вилијам Кирк и Рандал Бридвел су први за тај феномен и његове последице употребили термин *судска диктатура*. Књига се управо тако и зове.[14] Они су напали саму идеју судске ревизије као изразито антидемократску и узурпаторску, подсећајући да је још Џеферсон 1810. године указивао на проблеме које отргнута судска власт може да донесе држави. Врло детаљно су описали настанак и развој самог феномена судске диктатуре.

Наредне, 1996. године, познати амерички конзервативни часопис *Најважније ствари* у два наврата се бавио тим проблемом. Најпре је у мајском издању објављен уводник који је указао на недавно проблематично судско легализовање асистираног самоубиства. У новембарском броју је објављен веома важан тематски број часописа под називом *Крај демократије? Судска узурпација политике*. Пет угледних правника и политиколога указало је на све арогантније понашање судија у Америци, које су посебно у већ озлоглашеном образложењу одлуке у случају *Кејси* из 1992. године отворено почеле да омаловажавају демократску свест грађана САД, а себе поставиле изнад свих осталих инстанци у држави. Уредништво је на емфатичан начин поставило тезу да амерички режим почиње отворено да ради против воље и интереса народа. Они кажу:

„У следећим чланцима се испитује следећи предмет: Влада САД више не управља уз сагласност оних којима влада. Што се тиче америчког народа, правосуђе је заправо изјавило да су најважнија питања о томе како треба да уредимо наш заједнички живот изван опсега ‘ствари њиховог знања’. Не зато што судије нужно захтевају веће знање; оне једноставно захтевају и користе моћ да одлуче. За грађане те демократске републике судије сматрају да немају компетенције за самоуправу. Сам Врховни суд, нарочито у одлуци у предмету *Кејси* из 1992. године, активирао је аларм због питања легитимитета закона у садашњем режиму. Њихово предложено решење је да грађани треба да се препусте одлукама Суда. Наши аутори не пристају на то решење. Дванаести главни судија Врховног суда Харлан Фиск Стоун (1872–1946) изразио је своју забринутост: ‘Док је неуставно вршење власти од извршне или законодавне власти Владе подложно судском ограничењу, једина провера нашег сопственог практиковања моћи је наш властити осећај уздржавања.’ Судови се нису, а можда се и не могу уздржавати, а можда је и то тако да у садашњем режиму нема ни других ефективних ограничења за њихов рад. Ако је тако, сведоци смо краја демократије.“[15]

---

[14] W. Quirk, R. Bridwell.

[15] Richard John Neuhaus *et al*., „The End of Democracy? Introduction“, *The First Things Magazine* 9/1996. Читалац ће приметити како је десна мисао нарочито у другој

Међу петорицом учесника тог подухвата био је, разумљиво, и судија Роберт Борк.[16] Он је најпознатији промотер идиома *судска диктатура* и њен најпознатији критичар. Тај човек је и пре тога у својим списима истицао тај проблем и до краја живота се борио против њега.

3. РОБЕРТ БОРК – СУДСТВО У КУЛТУРНОМ РАТУ

Роберт Борк је непознат на овим просторима, но у САД је једна од личности које су обележиле последњих тридесетак година јавног живота. Случај из 1987. године, када је био номинован за судију Врховног суда, па је одбијен након страховите бруталне јавне кампање дефамације коју су против њега водили његови идеолошки непријатељи, озбиљно је потресао САД. У речнику енглеског језика чак постоји израз „бити боркован" (*being Borked*) који значи „дискредитовати кандидата за неко место тако што ће се брутално дефамирати његова каријера и веровања", односно „систематски нападати кандидата или јавну личност, нарочито у медијима".[17] Широка јавност и познаваоци популарне културе сетиће се лика судије Роја Снајдера из *Симпсонових* који је рађен управо према моделу Роберта Борка.

Борк је чувени судија, правни теоретичар и практичар који је током свог живота обављао велики број различитих послова повезаних са правном професијом. Између осталог, био је заменик министра правде задужен за изношење случајева пред Врховни суд, вршилац дужности државног тужиоца, судија Апелационог суда за дистрикт Колумбија, професор на Универзитету Јејл, професор на Универзитету Џорџ Мејсон. Сарађивао је са Институтом „Хадсон" и Америчким институтом за предузетништво, а био је и саветник председничког кандидата Мита Ромнија 2012. године.

половини 20. века пригрлила демократију на начине који су били незамисливи у 19. веку. Конзервативци су постали последњи истински браниоци народних традиција и стварне једнакости људи пред законом. Леве либералне елите суштински данас презиру демократију и са јакобинско-бољшевичким жаром приступају задатку „просветљења и реформе" народа, наводно за његово добро. Основна идеологија владајућих левих либералних структура је заправо троцкизам у комбинацији са фундаменталистичким феминизмом.

[16] Тај пројекат са свим својим контроверзама остао је један од најпознатијих интелектуалних подухвата у последњих неколико деценија. Треба поменути да је због тако тврдог и упозоравајућег става о губитку легитимитета америчког режима сам Борк осетио потребу да у наредном јануарском броју укаже на опасност довођења целокупног америчког „режима" у питање. Због тог едиторијала Гертруда Химелфарб се повукла из уредништва. Вид. *https://www.firstthings.com/article/1997/01/ january-letters*, 15. април 2018.

[17] *http://www.dictionary.com/browse/borked*, 13. март 2018.

Његов теоријски рад обухвата неколико монографија, зборника радова и чланака које је објављивао у различитим зборницима и часописима. Веома је познат његов бестселер из 1996. године *Проклизавати ка Гомори: модерни либерализам и америчко опадање*. Иако се и ту делимично дотиче деструктивне улоге судства, књига је пре свега посвећена анализи штетних појава у популарној америчкој култури и ширења корозивног и токсичног система вредности који је захватио све поре америчког друштва. Он показује како се преко левог радикализма од шездесетих година ширило одбацивање целокупног наслеђа америчке традиције и како је либерализам узроковао културно опадање и дегенерацију. То је и до данас остала култна књига у круговима америчке конзервативне интелектуалне елите, заједно са Блумовим *Сумраком америчког ума* (1987) и књигом Харвија Мејнсфилда *Мушкост* (2006).

Позната је и његова прва књига о *Антитраст парадоксу* која је доживела два издања. Но први прави бестселер и почетак озбиљне списатељске каријере била је његова исповедно-теоријска књига *Искушавање Америке: политичко завођење права* из 1990. године. У другој половини те књиге описао је читав свој случај, као илустрацију политизације правне и правосудне струке у Америци. Но, у првом делу је дао вредан преглед целокупног развоја америчке правне и правосудне праксе у претходних век и по, показујући како је политика постепено зајахала и инструментализовала право и правосуђе.

Од каснијих правних списа за нас су посебно значајни и монографија *Утеривање врлине* (2003) и зборник *Земља коју не препознајем* (2005). То су кључни списи у којима развија и истражује идеју судске диктатуре. Учествовао је прилозима и у другим таквим подухватима, као што је зборник Бредлија Вотсона *Судови и културни ратови* (2002). Пред крај живота ИСИ му је објавио волуминозну збирку чланака под именом *Време да се говори: изабрани чланци и аргументи* (2008), а постхумно је изашао спис његових сведочења *Спасавање правде* (2013) о дешавањима током афере Вотергејт. Било би вероватно занимљиво сакупити и мишљења која је писао у појединим пресудама или стручна мишљења која је износио током спорова поводом најважнијих правно-политичких питања у последњих четрдесетак година. Од дела посвећених његовом раду треба издвојити посебан број *Харвардског часописа за право и јавне политике* (2008) и књигу Виере и Гроса (1998), која се детаљно бави случајем Боркове неуспеле номинације.[18]

---

[18] Norman Vieira, Leonard Gross, *Supreme Court Appointments, Judge Bork and the Politicization of Senate Confirmations*, Southern Illinois University Press, Carbondale, Illinois 1998.

Борк је уз *Гомору* пре свега остао важан за савремену десну и конзервативну мисао по својој анализи употребе судства за разарање традиције и наметање левичарске агенде. Треба, међутим, напоменути да је он био самосвојан мислилац чији се ставови нису увек уклапали у очекивања мејнстрим деснице у САД. Он, на пример, није био заклети бранилац Другог амандмана и залагао се за делимично пооштравање контроле дистрибуције оружја.

Борк је, дакле, један од првих мислилаца који је указао на разорну улогу судова у тзв. културним ратовима у САД. Као што је познато, од почетка деведесетих, интензивирала се нарација о културним ратовима у Америци.[19] Постхладноратовски тријумфализам није донео конзензус већ је услед појачаног левичарског месијанског активизма дубоко поделио америчко друштво. Изразито су интензивирани спорови између два основна идеолошка пола по питањима абортуса, хомосексуализма, брака, Другог амандмана (слободе набавке оружја), имиграције, односа цркве и државе, климатских промена, смртне казне итд.

Фокус десне критике с правом је усмерен на универзитете, медије, корпоративне фондације, индустрију забаве, Холивуд и сличне моћне сегменте друштва који су злоупотребљавали своје позиције моћи да промовишу одређене вредности и потискују традиционалну културу и навике. Борк је, међутим, као инсајдер који правосуђе познаје изнутра, инсистирао да су судови потпуно неоправдано остали ван ракурса, иако су, штавише, кључни инструмент наметања вредности такозване нове класе, односно спровођења мирне револуције. У уводу за *Утеривање врлине*, реферирајући на веома важну Кимбалову књигу *Дуги марш* из 2000. године, Борк истиче да је аутор пропустио да укључи право јер је оно заштићено ауром објективности.[20] У ствари, судије активисти пресуђују широко, без везе са својом материјом, шире или побијају значење закона. Судије су, тврди он, увиле политику у маску права, постале су законодавци, нека врста олигархије: неизабрани, неодговорни комитети правника који само примењују своју вољу.

Судије примењују идеологију тзв. нове класе, тврди он.[21] Сви су либерали јер су правни факултети, правна струка, медији, популарна култура и укупна атмосфера у којој се развијају обележени антитра-

---

[19] Вид. James D. Hunter, *Culture Wars: The Struggle to Define America*, Basic books, New York 1992.

[20] R. Bork (2003), 8; L. A. Graglia, 11, указује на имагинативни и психолошки значај устројства судства у америчком друштву одакле они црпу своју готово магичну ауру објективности: они носе помпезне одежде и једини своје одлуке износе у зградама које личе на храмове. Испред судова су често фигуре слепе правде. Испред Уставног суда Канаде стоје фигуре Правде и Истине итд.

[21] Борк цитира Роберта Низбета који на једном месту каже да је Врховни суд суверена моћ за „перманентну револуцију“.

диционалним вредностима. Борк цитира слоган: „Спасите Америку, укините Правни факултет Јејла!" (други говоре то исто за Правни факултет Харварда). Судије промовишу културни социјализам, тврди он. У уводу за *Земљу коју не препознајем*, он цитира Дербишајра који тврди да судије систематски разарају фундаменталне америчке институције: брак, породицу, религију и једнакост пред законом.[22]

Граља пореди понашање Врховног суда са позицијом коју у Ирану има Савет ајатолаха, али, за разлику од мула које штите конзервативне вредности, амерички ајатоласи брутално промовишу леву либералну идеологију.[23] У сваком случају реч је о владавини олигархије која свесно промовише вредности за које зна да су супротне вољи америчког народа. За то је посебно илустративно образложење у случају *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), у коме су судије отворено говориле да народ није довољно зрео и да оне морају да штите одређене вредности супротно грађанима[24]. То је очигледна злоупотреба судске функције, свесно кршење устава и мешање у ингеренције законодаваца (незрелих!?).

У својим радовима Борк детаљно обрађује бројне случајеве и феномене који илуструју судску диктатуру: конструисање права на приватност, легализовање опсцености и порнографије у јавном простору неуставним тумачењем слободе говора, протеривање религије из јавног простора (забрана молитви, истицања крстова и десет заповести у школама и сл.), увођење тзв. афирмативне акције и разних других области сегрегације раса, насилно наметање абортуса и хомосексуалних бракова свим државама, протеривање морала из јавне сфере и позивања на морал у судским споровима, промовисање феминистичких вредности, увођење супстантивне уместо процедуралне правде итд.

Списак метода којима судије спроводе диктатуру веома је дугачак. Неки од њих сматрају да устав уопште не треба читати, па га дакле отворено игноришу. Други говоре о живом уставу који еволуира, при чему они треба да буду та инстанца која тумачи како и у ком правцу норматива, принципи и правила треба да се крећу. Трећи се позивају на устав, свесно га кршећи.

Борк је, на пример, сматрао да је *Браун*[25] редак добар пример судског активизма[26], али је упозоравао да начин на који је мера донета

---

22 *Ibid*., x.

23 L. A. Graglia, 3.

24 Неизбежне су паралеле са Комунистичком партијом или Савезом комуниста као „авангардом народа" или пролетаријата која боље зна од њега шта је у његовом интересу.

25 *Brown v. Board of Education of Topeka*, *347 U.S. 483 (1954)*, чувени је случај којим је укинута расна сегрегација у САД (одвојени школски аутобуси за белу и црну децу).

26 Вид. R. Bork (ed.) (2005), x.

није адекватан и да је под окриљем те одлуке Врхови суд провукао бројне революционарне неуставне одлуке које су направиле огромну штету. Како су и други приметили, кад год се неко побуни против судског активизма, противодговор је: „Аха, а ви сте против *Брауна*, дакле ви сте расиста.“[27]

Овде ћемо истаћи и илустровати само неколико примера како бисмо показали моделе судског империјализма. При томе треба истаћи важан метод – мењање изворног, односно оригиналног значења уставних провизија и амандмана. То се односи, рецимо, на два веома важна сегмента. Четрнаести амандман који говори о једнакости донет је 1868. године, после Грађанског рата, како би заштитио новоослобођене робове. Данас (2003), писао је Борк, он се злоупотребљава, на пример, за нормализацију хомосексуалности.[28] На основу њега је конструисано такозвано право на приватност у случају *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), какво не постоји у уставу, али је на основу тога легализован абортус 1973, а 2015. године хомосексуални бракови на целокупној територији САД.

У случају односа државе и религије, Борк подсећа да је оригинално идеја о тзв. клаузули о неуспостављању значила само одлуку да се спречи усвајање једне религије, односно деноминације као званичне државне. Либерални, пагански и доминантно антихришћански судови су у другој половини 20. века од тога извели тумачење о радикалном раздвајању цркве и религије и отпочели прогон из јавног простора и јавних школа било чега религиозног, односно свих ствари које имају изворну везу са религијом. Тако се већ дуго времена воде зилотске акције и борба да се Божић преименује или, још боље, избаци из празничног календара.[29]

Мекдауел[30] подсећа да су Ворен и Брандајз 1890. године објавили чланак у коме су, говорећи о „праву на приватност“, имали у виду искључиво потрагу за начином да се људи позивањем на Први амандман одбране од таблоидног новинарства. Од шездесетих година

---

[27] На то указује и Грања. Вид. L. A. Graglia, 27.

[28] Вид. R. Bork (2003), 73.

[29] То је још један показатељ како брзо западне земље клизе ка левом тоталитаризму. Нама је познато како су овдашњи комунисти одвојили Божић Бату од Божића, преименовали га у Деда Мраза и везали за Нову годину као секуларни празник. О таквим тенденцијама у Америци детаљно пише Бил О’Рајли, показујући како Американчка унија за грађанске слободе (ACLU) води сталан фундаменталистички рат против Божића који је у Америци званичан празник још од 1870. године. Они, међутим, непрестано измишљају нову секуларну терминологију која би требало да замени и истисне божићну: празнично дрво, зимски одмор, фестивал светла. Вид. Bob O’Reilly, *Culture Warrior*, Broadway Books, Portland 2006, 75, 77.

[30] Gary L. McDowel, „The Perverse Paradox of Privacy“, *A Country I do not Recognize* (ed. R. Bork), Hoover Institution Press, Stanford 2005, 61.

то право је, међутим, исконструисано на сасвим другачији начин и искоришћено за потпуну вредносну револуцију у Америци.

Исте те 1890. године Врховни суд је пришао формалном конструисању доктрине о супстантивном правичном суђењу. Разлог је био одбрана економских слобода од закона појединих држава. Мекдауел[31] наводи Хамилтонове јасно изнесене тезе да је цела прича о правничном суђењу требало да има искључиво технички значај, да је требало да се односи само на поступање суда, а нипошто на законе које доноси законодавац. Међутим, даљом разрадом те клаузуле, посебно од 1937. године када се са нивоа економских права одлуком суда прешло на лична права, направљен је потпуни хаос у америчком правном и вредносном систему. Доктрина о супстантивном правичном суђењу у САД има онај положај који је у Канади добила доктрина о фундаменталној правди, а у Израелу о разумности. Борк, дајући пример како је израелски Суд оборио одлуке владе само уз образложење да је „неразумна“[32], показује да су то суштинске основе ауторитарног и антидемократског деловања поменутих судова, у којима се судије позивају фактички на свој осећај, на своју идеологију и на нешто слично природној правди односно природном праву, а што су очеви оснивачи свакако хтели да забране. У *Искушавању Америке* он са одобравањем цитира анегдоту у којој је судија Холмс објашњавао да је његов посао да примењује закон, а не да дели правду.[33]

Можда је најиндикативнији пример потпуног претумачивања основних идеја случај паљења америчке заставе. Дакле, у доба када је доношен Први амандман (1791) и када су очеви оснивачи на сваки начин покушавали да изграде консензус и поштовање за тек ослобођену и конституисану младу републику, никоме није падало на памет да дозволи омаловажавање и рецимо паљење њене заставе. Но, крајем 20. века Врховни суд САД је, супротно вољи народа и вољи народних представника, у два случаја одлуком 5 према 4 поставио основу за слободу скрнављења тог симбола државе. Реч је о случајевима *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969), и *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989). У другом поменутом случају судија Бренан, који је писао мишљење, окарактерисао је паљење државне заставе под којом грађани ратују као „изражавање идеје које се не сме сузбијати само зато што је за друге неприхватљиво или увредљиво“. Конгрес је затим донео посебан федерални закон којим је забранио обешчашћивање заставе, али га је Врховни суд одмах оборио у случају *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990). Од тада је било

31 *Ibid*., 64.

32 R. Bork (2003), 121, 122.

33 R. Bork (1990), 6.

неколико покушаја да се у Конгресу изгласа посебан уставни амандман који би забранио скрнављење заставе. Последњи пут је 2006. године иницијатива пропала за само један глас у Сенату.

Још један важан метод је чекање да се направи либерална већина и да се онда обара одлука коју је свега неколико година раније донео исти суд. То је случај са *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996), у коме је заустављен антисодомитски закон Колорада, што је отворило врата за одлуку *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), која је оборила познату антисодомитску пресуду *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). Најупечатљивији је случај калифорнијског Уставног суда, о чему пише Едвард Елдер.[34] Суд је 1996. године у случају *American Academy of Pediatrics v. Lungren* донео одлуку којом је потврдио калифорнијски закон из 1987. и неопходност да малолетне девојчице могу да обављају абортус само уз пристанак родитеља или суда. Чим су наредне године именоване нове судије на два места и захваљујући републиканском гувернеру фомирана ултралиберална већина, суд је оборио своју одлуку донету само годину и по дана раније, односно закон из 1987. године, и омогућио да малолетне девојчице могу да обављају абортус без пристанка родитеља.

Борк уз многе друге критичаре наглашава чињеницу да је Суд брутално преузимао овлашћења која припадају законодавној власти. На пример, одлука у случају *Ро* питање абортуса је извукла из подручја законодавног деловања Конгреса и држава где се пре увек налазило. Тако је у многим случајевима Суд једнострано, без утемељења у уставу, почео да лишава појединачне државе овлашћења за која је било јасно да немају везе са федералним нивоом (на пример, религија, абортус, хомосексуални бракови или покушаји да се забрани смртна казна). Као што је познато, све оно што није могло да се прогура кроз неуспели ЕРА амандман, односно Амандман о једнаким правима (предложен 1972), који је након дуге демократске расправе одбачен у Конгресу осамдесетих година, судије су накнадно увеле у амерички правни систем својим одлукама.[35]

Борк указује на то да су, осим вредносних штета по друштво, са тим процесима повезане и две веома опасне политичке тенденције: једна је даља централизација уз лишавање држава нових овлашћења, а друга је подривање фундаменталне поделе власти у Америци и механизама кочница и равнотеже које су поставили очеви оснивачи.

[34] Edward J. Erler, „The California Supreme Court in the Culture Wars: A Case Study in Judicial Failure“, *Courts and the Culture Wars* (ed. Bradley C. S. Watson), Lexington Books, Minneapolis 2002, 139–150.

[35] Robert Bork, „Courts and the Culture Wars“, *Courts and the Culture Wars* (ed. Bradley C. S. Watson), Lexington Books, Minneapolis 2002, 7.

Према његовом мишљењу, САД су услед деловања судске олигархије озбиљно угрозиле своју демократску основу, као и владавину права.[36]

Борк се посебно бави протеривањем религије на основу лажног тумачења првог амандмана. Он подсећа да су очеви оснивачи били изразито религиозни људи и да су и преко државних празника као што је Дан захвалности признавали улогу и значај религије у америчком друштву. Штавише, први сазив конгреса је инсистирао да религија, морал и знање буду подстицани у друштву и имао је свог капелана који је изговарао молитве пред почетак рада.

Но доласком левичарске превласти почео је квазикрсташки прогон религије из јавне сфере и јавних школа. Реч је о серији случајева попут *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992), којим је укинута молитва у јавним школама, или *Santa Fe Independent School District v. Doe*, 530 U.S. 290 (2000), којом је студентима забрањено да изговоре молитву пре почетка утакмице. У исто време судови су, на пример, дозволили да голи људи могу слободно да играју у јавности. Тери Истланд и Грејем Вокер[37] су у публикацијама које је Борк саставио или инспирисао објавили два изванредна есеја у којима дају детаљан преглед постепеног протеривања религије из јавне сфере након Другог светског рата, али су навели и неке победе у скорашње време, у којима су конзервативци успели да очувају нека религиозна права за грађане. Кључно је да после Другог светског рата Медисонов десети Федералист почиње да се тумачи у либералном кључу, па се укидају неке праксе које су старе по 150 и више година, као што је религиозни тест за запошљавање у државној администрацији у Мериленду.

Ти аутори указују на то да су скоро све одлуке Врховног суда о верским питањима неуставне будући да Устав јасно оставља појединачним државама право да одлуче како ће регулисати положај религије и цркава на својој територији. Врхови суд је узурпирао право да им наређује шта по том питању да раде. Такође се примећује како се само гура норма о одвајању цркве и религије од државе, док се други налог Првог амандмана о слободном испољавању и практиковању религије сасвим игнорише. Као што су неке судије примећивале у својим издвојеним мишљењима, није више реч о томе

[36] Још у *Искушавању* је указао на смишљену судску ароганцију као начин да боље продају своје у основи погрешне и неуставне одлуке. Борк примећује да су одлуке суда све компликованије и да се образлажу све сложенијим диксурсом, док је устав изворно био замишљен да буде једноставан и да обични људи могу да га разумеју и примењују. Вид. R. Bork (1990), 6.

[37] Вид. Terry Eastland, „A Court Tilting against Religious Liberty“, *A Country I do not Recognize* (ed. Robert Bork), Hoover Institution Press, Stanford, 2005; Graham Walker, „Religious Freedom without Religious Neutrality: Our Once and Future Constitutional Common Sense“, *Courts and the Culture Wars* (ed. Bradley C. S. Watson), Lexington Books, Minneapolis 2002.

да се спречи насилно наметање једне религије свима, већ о систематском наметању секуларности као нове квазирелигије чије норме у јавној сфери морају да поштују сви, без обзира на своја уверења. Чињеница да су хришћани већина људи који плаћају порез за државне школе не омогућује им никаква права у избору градива којима ће се школовати њихова деца.

Суштина прогона религије, сматра Борк, јесте у прогону моралних основа друштва, пристојности и достојанства, а тиме и самог права: права нема без морала, а морала нема без религије.

4. СУДСКО ПОДРИВАЊЕ МОРАЛА

Борк с правом инсистира на томе да судови бране тотални релативизам и морални нихилизам[38], да су забранили борбу за јавни морал и заједничке вредности и да је гушећа вулгарност популарне културе и индустрије забаве резултат управо њиховог рада на сузбијању воље народа да одбрани своје наслеђе и пристојно друштво. Судије су максимално подигле радикалну моралну аутономију у моралним питањима како би забраниле друштву да поставља било какве општеморалне норме. Уместо да морал постепено еволуира, насилно се намеће морал мањине и очекује се да се већина традиционалних грађана просто прилагоди систему и антивредностима које је одувек сматрала неморалним. Судије у бројним случајевима већ отворено постављају захтев за неосуђивањем (нонџментализам) било каквог понашања, ма колико оно иритирало људе и подривало елементарни осећај морала. Својим пресудама обарале су законе који забрањују псовање, омогућиле су да се у суду изговарају псовке и носе јакне са скарадним написима[39], да људи играју голи на јавним местима итд. Све је то наводно слобода изражавања и не сме да вређа никога, док пак изговарање молитве и практиковање религиозних чинова угрожава друге, па се стога мора забранити на јавним местима. У образложењима пресуда може се наћи и да је „нечија псовка другоме поезија“. Узгред, као што прогоне било какву идеју о објективним стандардима морала, тако је и са стандардима истине и лепоте. Култура се, каже Борк, брутализује, нема више хијерархије укуса, интелекта, нема дискриминације између вредног и невредног и нема лепоте и ауторитета.

Он такође подсећа да судови прогоном религије подривају и морал без кога нема права и правног система (стр. 69). И то очигледно

[38] R. Bork (2003), 64.

[39] Случајеви *Cohen v. California*, *403 U.S. 15 (1971)*, и *Miller v. California*, *413 U.S. 15 (1973)*.

и јесте циљ идеологије која их води. Право је дубоко политизовано, морал се протерује из јавног простора, а друштво заиста клизи ка Гомори.[40] У уводу за *Земљу*... он наводи отрежњујућа истраживања Лешека Колаковског о улози табуа у једном друштву и о проблемима који настају кад се друштво лиши онога што је свето и табуисано. Подсећа да су од старих табуа који су чинили основу западне цивилизације данас преживели само инцест и педофилија, који су такође на удару.[41]

Најважнији извори злоупотребе, каже Борк, јесу Први, Четрнаести, Петнаести амандман и тзв. клаузула о одговарајућем судском процесу (*due process*) односно правичном суђењу које није само процедурално већ и супстантивно.

Зашто се све то дешава? Левица (тзв. нова класа) држи све важне пунктове у друштву, стварајући атмосферу у којој опстаје вера у наводну објективност и узвишеност правосуђа, посебно Врховног суда у САД. Исто важи и за судове, а посебно највише судске инстанце и у другим либералним демократијама. У све већем броју земаља ту веру забранама одржавају и сами судови, који често забрањују парничарима да излазе у јавност са коментарима односно притужбама на њихов рад. С друге стране, ко год их критикује бива разапет у јавности. Борк, на пример, даје случај израелског конзервативног листа *Хаарец*, који се једини усудио да изађе у јавност са анализама очигледних узурпација Врховног суда Израела. Против њих се повела брутална кампања, у којој се тражило чак и да кривично одговарају због подривања вере у правни поредак. У напад је кренуо цео естаблишмент, мејнстрим медији, правни факултети и удружења, па чак и политичари из Кнесета, чије су право у основи ти новинари бранили. Од тога су имали огромне штете, а друштво је послало поруку о томе како пролази свако ко се усуди да преиспита положај и рад тих „светих крава".[42] У Америци је АБА предложила да се из коморе избаци сваки адвокат који би јавно критиковао рад суда.

На крају, доста говори и чињеница да чак и републикански председници у САД номинују либералне правнике у Врховни суд, иако је питање њиховог избора очигледно постало врхунско поли-

[40] Ерлер подсећа да је то све фундаментално супротно са свим изворним идејама очева оснивача, који су дубоко веровали у објективно постојећи морални поредак, обавезујући за све грађане САД. Сви они су били верујући људи, деисти или верници у откровење, који су сматрали да је правни систем јасно заснован на моралу и религији. Вид. E. J. Erler, 147. Данас, међутим, од учитеља у школама па надаље сви шире нихилизам и морални релативизам. Све мора да се остави личном избору и сваки од њих је наводно „подједнако вредан".

[41] R. Bork (ed.) (2005), 28.

[42] R. Bork, 133, 134.

тичко питање. Велики број судија које су номиновали републикански председници гласао је за изразито антирепубликанске мере.

У лето 2015. године, сенатор и један од потенцијалних републиканских кандидата за председника Тед Круз јавно је изразио бес поводом гласања „републиканских" судија у случајевима геј бракова (Реганов кандидат Кенеди, који је обезбедио кључни пети глас) и субвенција за здравство (Кенеди и Робертс).[43] Џеф Гринфилд је поводом тога направио леп преглед понашања судија и јасно показао да се од друге Кенедијеве номинације сви демократски кандидати јасно држе либералног консензуса и гласају очекивано. „Слика је драматично другачија на републиканској страни клупе", с правом тврди он. Ајзенхауерови кандидати Ерл Ворен и Вилијам Бренан су суштински променили Америку у либералном правцу својим одлукама из шездесетих година. Затим је Ричард Никсон 1968. године велики део своје победничке кампање засновао на критици либерализма Врховног суда, да би номиновао Харија Блекмуна, касније једног од најлибералнијих судија икада, и Ворена Бургера, који је заједно са Блекмуном подржао легализацију абортуса у случају *Ро*.

Затим је Роналд Реган именовао Сандру Деј О'Конор, која је мењала стране, али и помогла очувању легалности абортуса у случају *Кејси*, као и Ентонија Кенедија, каснијег апостола права на приватност – узгред Кенеди је номинован након неуспеле номинације Борка, па је то очигледно један од најуспешнијих послова либералне Америке у последњих пола века. Џорџ Буш је номиновао Дејвида Саутера, који је доследно гласао у корист либералних одлука. Треба приметити да је константно померање мејнстрима ка левици допринело томе да либералне судије немају дилему како да гласају, а да републиканске судије оклевају, често се плашећи да не иду превише против мејнстрима.

Још један од великих парадокса помоћу којег лева либерална агенда напредује јесте то што се и такозване конзервативне судије често држе правила односно доктрине *stare decisis*[44], па у крајње

---

[43] Вид. *http://observer.com/2015/07/jeff-greenfield-why-gop-appointed-justices-jilt-conservatives/*, 16. април 2018. Занимљиво је да је том приликом предложио и неколико решења за такво преварно понашање судија; углавном мере које су и Борк и разни други критичари годинама помињали, о чему ћемо детаљније говорити на крају чланка: уставни амандман који ће јасно државама омогућити да саме дефинишу брак, закон који би федералном суду одузео право да одлучује о таквим питањима и укидање доживотног постављења судија.

[44] У питању је основа англосаксонског права, правило које води порекло из 13. века, а које је у својим *Коментарима закона Енглеске* овековечио Вилијам Блекстон. Комплетна латинска фраза гласи *Stare decisis et non quieta movere*, што значи држати се онога што је или како је одлучено и не ометати оно што је мирно. Блекстон је тврдио да је реч о установљеном правилу да се треба држати претходних прецедената када се у некој парници поново појави иста ствар.

проблематичним случајевима остају везане за јасно неуставни преседент, уместо да га обарају и да се врате изворном значењу уставне клаузуле. Борк је о том проблему писао још у *Искушавању Америке*. Тврдио је да је за оригиналистичку теорију устава кључна идеја када је судија обавезан претходном одлуком а када није. Указао је на то да *stare decisis* није механички, монолитни принцип и да је дужност судије да у неким случајевима преиспита принцип претходне одлуке. Он је наравно признавао да се увек мора поћи од потреба за стабилношћу и да је *stare decisis* у том смислу основно правило. Тачно је, каже Борк, и да се неке уставно проблематичне одлуке, попут увођења папирног новца, више не могу обарати јер би то изазвало потпуни хаос у систему. Но, с друге стране, *Ро* и право на приватност, тврди он, увек могу да се оборе јер осим што нису уставно засновани нису ни прихваћени.[45]

Уз Борка, о том проблему је одлично писао Џон Истман. Он је тврдио да је велики проблем у томе што је та доктрина изворно конзервативна, па се судије конзервативци ње држе и кад не треба.

Као кључни пример он наводи помињани случај *Кејси* из 1992. године. Тада се очекивало да ће након доласка судије Томаса у Суд бити формирана конзервативна већина способна да обори прецедент из случаја *Ро*. Међутим, на велико изненађење јавности, посебно републиканског и конзервативног дела Америке, судије О'Конор, Кенеди (Реганови кандидати) и Сутер (Бушов кандидат) обезбедиле су већину којом је сачувана суштина одлуке у случају *Ро*. Њихово образложење је било засновано на *stare decisis* и обезбеђењу установљених очекивања те заштити институционалног интегритета Суда.[46]

5. БОРКОВ ОРИГИНАЛИЗАМ

Када говори о могућим лековима за сузбијање или евентуално укидање судске диктатуре, Борк издваја неколико могућности. 1. Идеја да конгрес ограничи суд и да нађе начин да обори оне одлуке суда које су очигледно погрешне и противуставне. У Канади таква могућност постоји делимично, када поједине државе могу да примене клаузулу о непримењивању која им омогућава да током пет наредних година не примењују односну одлуку суда, то јест да фактички примењују пропис који им је суд оборио. 2. Идеја о усвајању уставног амандмана на основу кога би Представнички дом и Сенат

[45] R. Bork (1990), 156 и даље.

[46] John Eastman, „Stare decisis: Conservatism's One Way Rachet Problem, *Courts and the Culture Wars* (ed. Bradley C. S. Watson), Lexington Books, Minneapolis 2002, 132.

заједно могли да преиначе одређене одлуке суда. 3. Бирати судије оригиналисте, што је готово немогућа мисија с обзиром на целу описану атмосферу. 4. Убедити суд да исправи своје грешке.[47]

Граља је тврдио да је за промену најпре неопходно да се Конгрес стварно побуни против таквог деловања суда. Он је као лекове помињао могућност да Конгрес донесе амандман којим би се функција у врховном суду ограничила на 12 или 16 година, затим да се тражи једногласје од судија, да се Четрнаестом амандману врати изворно значење и да Конгрес јасно добије последњу реч о уставним питањима.[48] Дакле, да устав може да се мења само амандманима, а не судским одлукама.

Борк генерално није био велики оптимиста да ће се те његове идеје остварити будући да је видео да атмосфера све више иде у супротном правцу и да се судска диктатура наставља без ограничења, ширећи своје претензије на све веће сегменте друштва. Сматрао је да се једино можемо надати у самоограничавање судија, што углавном није реално.

Он сам, као судија и правни теоретичар, заступао је такозвано оригиналистичко тумачење устава, које супротставља судском активизму.[49] Оно се углавном своди на то да треба поштовати намере, дух и слово писаца устава, не одбијајући да се успут прилагођава захтевима времена. Борк сматра да је легитимно поништавати пресуде у складу са реалним захтевима времена, но он истовремено критикује неограничен, широк судски активизам који злоупотребљава систем прецедентног права.

Еволуциона перцепција права битна је, међутим, и за теорије са којима је Борк у директном сукобу. Посебно треба издвојити теорију Роналда Дворкина, изнету у књизи *Узимати права озбиљно*. Читалац може погледати његове ставове и у домаћим преводима те књиге (*Суштина индивидуалних права*) и књиге *Царство права*. То је, између осталог, и тематика моје прве књиге *Поредак, морал и људска права*, у којој сам се бавио Дворкиновом јуриспруденцијом. Дворкин је конструисао нормативни лик суперсудије Херкула, који је способан да доноси одлуке у тешким случајевима мерећи тежину моралних и правних принципа, правила и индивидуалних права (адута).[50]

---

47 R. Bork (2003), 81.

48 L. A. Graglia, 48 и даље.

49 Вид. R. Bork (1990), 143 и даље. Судија треба да примењује Устав у складу са принципима на које су мислили они који су ратификовали документ.

50 Миша Ђурковић, *Поредак, морал и људска права*, Институт за европске студије, Београд 2001. Посебно ваља погледати поглавље „Како Херкул просуђује појединачна права“, 114–127.

У *Искушавању* је тврдио да је одбацивање оригинализма пут да се у устав учитају принципи либералне културе који нису могли да се убаце демократским путем.[51] На саслушању пред Сенатом демократе су га напале због тврдње да судија треба да се ограничи на принципе актуелног устава, а Бајден је томе супротставио тезу да „има права зато што постоји“. У уводу за *Земљу* Борк своје оригиналистичко тумачење супротставља еволуционистичким погледима на устав. У питању су идеје о сталном ширењу и измишљању права, које полако постају нови устав. Еволуционисти често инсистирају на томе да није важно шта пише у уставу већ како друштво сада гледа на одређени проблем. Како је један аутор приметио, то је захтев да се правна и судска професија прилагоде моделима и вредностима које пропагирају актуелни ситкоми и друге серије.[52]

Ти напади на оригинално читање онога што су писци устава стварно мислили да кажу има пандане у свим областима академског живота где је неограничени конструктивизам завладао. Борк наводи одличан коментар Гертруде Химелфарб који вреди пренети у целини: „Управо је таква ситуација и у литератури и историји – доминира апстрактно, опскурно, методолошко – чија је поента да у потпуности релативизују дисциплину. Свака методологија постаје прихватљива (осим, наравно, традиционалне) и свако читање текста постаје легитимно (осим, наравно, оног које је хтео аутор). Циљ није само да се формира нова привилегована мандаринска класа, која је једина компетентна да интерпретира текст, већ да се цела дисциплина прекреира од почетка како би се лакше политизовала, да се створи табула раза на коју било шта може да се напише. Оригинално разумевање је заправо оно што је традиционална, чињеничка, документарна историја за историчара.“[53]

6. ЗАКЉУЧАК

Људи на овим просторима, захваљујући Хашком трибуналу и деловању правосуђа у протекторатима, већ имају идеју о тзв.

[51] R. Bork (1990), 9.

[52] Bradley C. S. Watson (ed.), *Courts and the Culture Wars*, Lexington Books, Minneapolis 2002, xviii. Ако се тај модел прихвати, судећи према телевизијским серијама, ускоро би могао да се декриминализује и укине инцест као недозвољено понашање. Савремене серије су преплављене примерима инцестног понашања у најпопуларнијим пројектима као што су *Игра престола*, *Табу*, *Бинг бенг теорија* или прва сезона *Истинских детектива*. Сада је тај модел у фази навикавања публике, односно шире јавности на природност постојања инцеста у менталном окружењу. Према моделу Овертоновог прозора, следећа фаза ће бити приказивање позитивних примера инцеста итд.

[53] Према R. Bork (1990), 137.

политичкој правди односно злоупотребама правосуђа у политичке сврхе. Новост о којој треба да размишљамо јесте то што та мода *америчке болести* уз подршку страних сила све више почиње да се пробија и као теорија и као пракса у наше државе и правне системе. На тај начин ће и наше судије левичари све више почети, уз правнике помодаре, да заступају моделе, решења и поступке које налазимо описане у Борковим вредним радовима.[54]

Он је говорио да се сва техничка, политичка и правна питања своде на два основна на која људи увек морају да одговоре: ко смо и како живимо? Положај судија може бити или положај диктаторске олигархије која народу намеће одговоре на горња питања или положај стварних чувара слободе који народу омогућују да поштује оно што је он изабрао за себе.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Bickel, A., *The Least Dangerous Branch*, Bobbs-Merrill, Indianapolis 1962.

Bork, R., *The Tempting of America*, A Touchstone Books, New York 1990.

Bork, R., „Courts and the Culture Wars“, *Courts and the Culture Wars* (ed. B. C. S. Watson), Lexington Books, Minneapolis 2002.

Bork, R., *Coercing Virtue, The Worldwide Rule of Judges*, AEI, Washington 2003.

Bork, R. (ed.), *A Country I do not Recognize*, Hoover Institution Press, Stanford 2005.

Ђурковић, М., *Поредак, морал и људска права*, Институт за европске студије, Београд 2001. (Đurković, M., *Poredak, moral i ljudska prava*, Institut za evropske studije, Beograd 2001)

Ђурковић, М., *Идеологија, партије и међународни односи*, ИПС, Београд 2012. (Đurković, M., *Ideologija, partije i međunarodni odnosi*, IPS, Beograd 2012)

Eastland, T., „A Court Tilting against Religious Liberty“, *A Country I do not Recognize* (ed. R. Bork), Hoover Institution Press, Stanford 2005.

[54] Судија Милан Благојевић из Бања Луке скренуо ми је пажњу на одлуку судова Републике Српске којима је грађанима у Српској омогућено да туже државу и траже материјалну надокнаду због тога што су током рата ратовали у Војсци Српске или на неки други начин били оштећени. То право је на своју срамоту искористио један број грађана који је тужио свој ентитет. Тиме судови директно подривају одбрамбену моћ, морал и финансије Републике Српске.

Eastman, J, „Stare Decisis: Conservatism's One Way Ratchet Problem", *Courts and the Culture Wars* (ed. B. C. S. Watson), Lexington Books, Minneapolis 2002.

Erler, E. J., „The California Supreme Court in the Culture Wars: A Case Study in Judicial Failure", *Courts and the Culture Wars* (ed. B. C. S. Watson), Lexington Books, Minneapolis 2002.

Graglia, L. A., „Constitutional Law without the Constitution: The Supreme Court's remaking of America", *A Country I do not Recognize* (ed. R. Bork), Hoover Institution Press, Stanford 2005.

Hirschl, R., *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2004.

Holland, K. (ed.), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, Palgrave Macmillan, London 1991.

Hunter, J. D., *Culture Wars: The Struggle to Define America*, Basic books, New York 1992.

McDowel, G. L., „The Perverse Paradox of Privacy", *A Country I do not Recognize* (ed. R. Bork), Hoover Institution Press, Stanford 2005.

Neuhaus, R. J. *et al*., „The End of Democracy? Introduction", *The First Things Magazine* 9/1996.

O'Reilly, B., *Culture Warrior*, Broadway Books, Portland 2006.

Pinelli, C., „Gouvernement des Judges", Petite Histoire du Terme", 2009, *www.umk.ro/images/documente/publicatii/masarotunda2009/13_gouvernement.pdf,* 12. фебруар 2018.

Quirk, W., Bridwell, R., *Judicial Dictatorship*, Transaction Publishers, New Jersey 1995.

Шмит, К., *Норма и одлука: Карл Шмит и његови критичари*, Филип Вишњић, Београд 2001. (Šmit, K., *Norma i odluka: Karl Šmit i njegovi kritičari*, Filip Višnjić, Beograd 2001)

Tate, N., Vallinder, T. (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York 1997.

Vieira, N., Gross, L., *Supreme Court Appointments, Judge Bork and the Politicization of Senate Confirmations*, Southern Illinois University Press, Carbondale, Illinois 1998.

Walker, G., „Religious Freedom without Religious Neutrality: Our Once and Future Constitutional Common Sense", *Courts and the Culture Wars* (ed. B. C. S. Watson), Lexington Books, Minneapolis 2002.

Watson, B. C. S. (ed.), *Courts and the Culture Wars*, Lexington Books, Minneapolis 2002.

Whittington, K. E., „The Death of the Legalized Constitution and the Spectre of Judicial Review“, *Courts and the Culture Wars* (ed. B. C. S. Watson), Lexington Books, Minneapolis 2002.

Wolfe, C., „From Constitutional Interpretation to Judicial Activism: The Transformation of Judicial Review in America“, The Heritage Foundation Report 2006, *http://www.heritage.org/node/ 16876/ print-display*, 18. март 2018.

Miša Đurković, PhD

Principal Research Fellow
Director of the Institute for European Studies

ROBERT BORK AND THE ISSUE OF JUDICIAL DICTATORSHIP

Summary

The people in this region, thanks to the ICTY Tribunal and the functioning of the judiciary in the protectorates (Bosnia and Herzegovina, Kosovo), already have the idea of the so-called “political justice” or the abuse of the judiciary for political purposes. The novelty to be considered is that this mode of “American illness” with the support of foreign powers is increasingly beginning to enter into both theory and practice in our countries and legal systems. In this way, our leftist judges will increasingly begin to work with politically correct lawyers to implement the models, solutions and procedures we find in Bork’s valuable works. Bork emphasized that all technical, political and legal issues always get reduced to two basic ones that people must always ask: Who are we? And how do we live? The position of the judge may be either the position of a dictatorial oligarchy that imposes on the people the answers to the above questions, or the position of real freedom keepers, which enable the people to be respected what he has chosen for himself.

Key words: *Judges*. *– Judicial dictatorship*. *– Left wing. – Robert Bork. – Originalism.*

Article history:
Received: 18. 1. 2018.
Accepted: 29. 6. 2018.

УДК 340.12 Шмит К.; 342.24

CERIF: S148

Др Бојан Ковачевић*

ФЕДЕРАЛИЗАМ И ИЗГРАДЊА ПОРЕТКА – ПРОЦЕС ИЛИ ОДЛУКА?**

Насупрот преовлађујућем приступу данашњих уставних правника које занима искључиво нормално функционисање федералних система, у чланку тврдимо да је проучавање начина на који се федерација, ухваћена у замку ванредног стања, суочава са децизионистичким или-или, питањем од одлучујућег значаја за разумевање изазова сложених политичких заједница у епохи кризе. Чланак је подељен на три дела. У првом делу анализирамо три основна питања која класични теоретичар децизионизма Карл Шмит (Carl Schmitt) упућује федералистима: ко је чувар федералног устава, шта обезбеђује паралелну политичку егзистенцију федерације и њених саставних јединица и какав је однос између федерализма и демократије? У другом делу представљамо аргументе неких од најважнијих савремених теоретичара федерализма који негирају значај децизионистичког или-или питања за разумевање уставне природе сложених политичких заједница. На крају се спуштамо са висина теоријских расправа на чврсто тло историје како бисмо одговор на питање утемељености децизионистичког и федералистичког приступа потражили у конкретном искуству сложених политичких заједница.

Кључне речи: *Федерализам. – Децизионизам. – Карл Шмит. – Чувар устава. – Демократија. – Криза.*

* Аутор је ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Београду, *kovacevic.bojan.bg@gmail.com*.

** Аутор се захваљује рецензентима на корисним сугестијама које су му помогле да побољша текст.

1. УВОД

За мислиоце децизионизма одлучујуће је питање извора, порекла политике.[1] У свету у коме је црква изгубила монопол на тумачење смисла, у модерни, поредак више није могао почивати на истини. Супротно просветитељском обећању, политика свој извор није пронашла ни у бескрајним расправама аутономних појединаца посвећених потрази за правичним уређењем. Поредак је могао происходити само из одлуке. То је увек морала бити одлука о представљању одређене идеје о поретку, коју је изродио друштвени, историјски и културни развој конкретне заједнице. Међутим, у свету без бога ниједна идеја не може до краја обухватити емпиријску стварност. Штавише, одмах након што је поредак успостављен, стварност почиње да се удаљава од утемељујуће идеје, све до тренутка када ће се од ње потпуно одвојити и преселити у сферу апстрактности. Тада заједница улази у фазу егзистенцијалне кризе, чиме се отвара прилика за господара устава да донесе одлуку о новом поретку или за чувара устава да донесе одлуку којом се стара идеја о поретку чува и поново представља. Мисао о федерализму никада није прихватила такав децизионистички поглед на друштво, политику и државу. Ни федералисти не узимају поредак као нешто што се подразумева, нешто задато једном за свагда. За њих се, међутим, потрага за одговором на питање извора политике не може завршити на одлуци апсолутистичког монарха, сувереног народа или председника Рајха већ представља непрекидан процес у коме уже и шире заједнице преговарају и изнова проналазе нове уставне одговоре на питање: зашто смо заједно? Другим речима, теорија федерализма и искуство сложених политичких заједница доводе у питање основне претпоставке децизионистичког разумевања света. Укрштање федералистичког и децизионистичког погледа на политику и право и њихово тестирање у историјском искуству сложених заједница требало би да допринесе дубљем разумевању тог старог спора чији значај у данашњем свету не бледи.

Теоретичаре федерализма са великим мислиоцем децизионизма Карлом Шмитом повезује омиљена заједничка тема: ишчезавање света модерних суверених држава. Док Шмит ламентира над губитком старог „плуриверзума“ међудржавне политике[2], они аутори који проучавају федерализам то виде као прилику да се конституционализам и демократија пренесу с оне стране државних граница.[3]

1 Carlo Galli, *Geneallogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bologna 2010.

2 Carl Schmitt, *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*, Telos Press Publishing, New York 2006.

3 Kalypso Nicolaidis, „The federal vision beyond the federal state“, *The Federal Vision* (eds. Kalypso Nicolaidis, Robert Howse), Oxford University Press, Oxford 2002.

Занимљиво је, међутим, да савремени писци о федерализму готово никад не спомињу рад Карла Шмита. Како то објаснити?

У федералистичком табору Шмит је обично поистовећиван са његовим антилибералним теоријским одговорима на кризу модерне државе. Идеја да потреба одбране устава у политички турбулентним временима изискује да се председнику доделе овлашћења комесарског диктатора[4] очигледно оштро противуречи ономе што научници који деле федералистички, антихијерархијски поглед на свет мисле о држави, друштву и политици. Слично важи и за Шмитов аргумент да у јединственом политичком ентитету плурализам у неком тренутку мора изазвати урушавање јединства па и самог политичког карактера заједнице.[5] Европски федералисти који заговарају пренос модела представничке демократије на наднационални ниво власти тешко би се сложили са Шмитовим увидом да су данашњи парламенти изгубили свој историјски и филозофски смисао.[6] Чак и они теоретичари федерализма који и сами тврде да је погрешно изједначити демократију и парламент не би прихватили Шмитово гледиште да непосредно изабрани председник републике најпотпуније отелотворује демократску вољу народа. Ти аутори би још мање могли да прихвате Шмитов закључак да федерализам и демократија нужно искључују једно друго.[7] Речју, за све оне ауторе који данашњу епоху виде као прилику за остварење визије федерализма с оне стране државних граница[8] Шмитови одговори на кризу либералне демократије изгледају до те мере ретроградно да им уопште не би требало посвећивати пажњу.

Осим идеолошки условљене равнодушности, разлог због кога они који данас проучавају федерализам нису успели да пронађу ништа занимљиво у Шмитовом делу јесте и то што његова уставна теорија федерације[9] не говори готово ништа о нормалном функционисању сложених државних система. Заиста, Шмита не занимају редовна прилагођавања институционалне равнотеже између самоуправе (*self-rule*) и заједничке управе (*shared-rule*) изазовима које пред систем поставља његова променљива околина. Оно што Шмита интересује

4 Carl Schmitt, *Dictatorship*, Polity Press, Cambridge – Malden, Massachusetts, 2014, 180–302.

5 Carl Schmitt, *The Concept of the Political*, The University of Chicago Press, Chicago – London 2007, 45.

6 Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts – London 2000.

7 Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, Duke University Press, Durham – London 2008, 404–407.

8 Вид., на пример, Thomas O. Hueglin, „Althusian Federalism for a Post-Westphalian World“, *The Challenge Of Cultural Pluralism* (ed. Stephen Brooks), Praeger, Westport 2002.

9 C. Schmitt (2008), 379–408.

у вези са федерацијама јесте ванредно стање, изузетак, одлука која пркоси норми. Штавише, за Шмита подела овлашћења између два различита нивоа власти у Немачкој и Сједињеним Америчким Државама не представља ништа друго до сачувану рушевину федерализма која се нашла у новој унитарној структури државе.[10]

Уместо да објашњава свакодневно функционисање федералних система, Шмитова теорија нас позива да мислимо о епизодама егзистенцијалних криза у уставној историји сложених заједница. Док Шмит игнорише оно што је нормално, већина мислилаца федерализма не обраћа пажњу на оно што је изузетно у политичком животу федерације. Посматрано из такве визуре, амерички Грађански рат од 1861. до 1865. године представља само несрећан случај који је сложену политичку природу републике оставио недирнутом[11], југословенска федерација је била осуђена на пропаст једноставно зато што је то био „фасадни федерализам"[12], а немачки Рајх створен 1871. године не може се уопште ни сматрати федерацијом због свог одступања од америчког модела и хегемоне улоге Прусије у систему одлучивања.[13]

Шмитова бинарна логика пријатељ–непријатељ заиста не одговара изнијансираној свакодневној збиљи данашњих сложених заједница сачињених од територијалних и функционалних јединица које сежу од општина, регија, етничких група, преко разноврсних друштвено-економских удружења интереса, националних држава па све до наднационалних заједница. Када се, пак, сложена заједница суочи са претњом егзистенцијалне кризе или чак упадне у њену замку, као што је то случај са данашњом Европском унијом[14], Шмитова теорија постаје најзначајнија провокација и за теорију и за праксу федерализма. Његов децизионистички изазов гласи: у истинској федерацији сувереност се не може ни поделити ни уништити. Истовремено, ако дилема ко је суверен, федерација или њене саставне јединице, добије одговор, федерација престаје да постоји и прераста у суверену државу или се распада. Када се проблем овако постави, уљуљкани федералисти морају да одговоре на питање које

[10] C. Schmitt (2008), 405.

[11] Вид., на пример, Vincent Ostrom, *The Political Theory of a Compound Republic: Designing the American Experiment*, University of Nebraska Press, Lincoln, Nebraska 1987; Sergio Fabbrini, *Compound Democracies. Why the United States and Europe Are Becoming Similar*, Oxford University Press, Oxford – New York 2007.

[12] Carl Joachim Friedrich, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Pall Mall Press, London 1968, 162–172.

[13] Kenneth C. Wheare, *Federal Government*, Oxford University Press, London – New York 1963.

[14] Claus Offe, *Europe Entrapped*, Polity Press, Cambridge – Malden, Massachusetts 2015.

егзистенцијална криза враћа из духовне сфере децизионизма на тло историје: како да дилема о суверености у федерацији остане трајно отворена?

Питање на које се овај чланак усредсређује јесте проблем изградње федералног поретка – мора ли он происходити из суверене одлуке или може трајно остати неизвестан исход потраге за компромисом између разноликих заједница? Шмит у својој уставној теорији успоставља важну теоријску разлику између федерације и федералне државе. Док је у федералној држави питање суверености решено једном за свагда, у федерацији оно попут Дамокловог мача трајно виси над судбином заједнице. Пратећи ту теоријску дистинкцију, одлучујемо да у разматрање узмемо оне примере федерација које су до свог политичког јединства прелазиле другачији пут од класичних унитарних држава.[15] Трагамо, дакле, за федерацијом која је успешно пребродила децизионистички изазов. У тој потрази сусрећемо се са федерацијама које су у одлучујућем историјском тренутку прерасле у државу или се распале. Сједињене Америчке Државе узимамо као најзначајнији историјски покушај да претходно независне државе са богатим искуством самоуправе успоставе јединство у уставном процесу. Немачки пример нам омогућава да сагледамо како су се са децизионистичком дилемом свог уједињења избориле монархије које су као суверене и ефикасне државе постојале у дугом историјском периоду. Пример бивше југословенске федерације на први поглед не заврeђује место у овој анализи. Прво, за разлику од немачког и америчког искуства, југословенска федерација је настала преношењем надлежности са централног нивоа власти на републике и покрајине. Друго, у Југославији је процес федерализације монополизовала Комунистичка партија. Коначно, та држава се распала у хаосу грађанских ратова. Постоје, ипак, снажни разлози који југословенско искуство чине релевантним за расправу о односу федерализма и децизионизма. Наиме, према званичној уставној идеологији југословенска држава, било унитарна или федерална по свом уређењу, представљала је само пролазну станицу на путу изградње бескласног друштва. Уместо као структуру, југословенски уставотворци одредили су федерализам као процес који постепено води ишчезавању државе. Иза федералне

[15] Начин на који је основно питање овог рада постављено налаже нам да из анализе искључимо оне сложене заједнице које су настале процесом трансформације претходно унитарних држава у федерације. Канада представља нарочито интересантан пример сложене заједница која упркос великој културној, историјској и језичкој хетерогености својих саставних јединица и непомирљивости њихових ставова о темељним уставним питањима. успева да избегне ситуацију егзистенцијалне кризе која би морала бити разрешена одлуком или-или. Raffaele Jakovino, Jan Erk, „The constitutional foundations of multinational federalism: Canada and Belgium“, *Multinational federalism. Problems and prospects* (eds. Michel Seymour, Alain G. Gagnon), Palgrave Macmillan, London 2012.

фасаде, пак, конкретни центри моћи својим одлукама омогућавали су стабилно функционисање поретка. Речју, пример Југославије сведочи о покушају скривања децизионистичке природе поретка у којој једна партија одлучује о судбини заједнице иза федералистичке уставне идеологије. То је оно што југословенско искуство чини необично корисним за разумевање федералистичких одговора на Шмитов децизионистички изазов. Неславни резултат југословенског експеримента представља и важну поуку за сличне покушаје изградње сложених заједница.[16] Коначно, Швајцарска је аутентичан пример трајне изградње сложене политичке заједнице у федералном процесу потраге за уставним компромисом кантона и грађана. Швајцарско искуство сведочи тако о могућности изградње федералног поретка који пркоси Шмитовој или-или децизионистичкој логици.

Чланак је подељен на три дела. У првом делу анализирамо три основна питања која Шмит упућује федералистима: ко је чувар федералног устава, шта обезбеђује паралелну политичку егзистенцију федерације и њених саставних јединица и какав је однос између федерализма и демократије? У другом делу испитујемо неке од најважнијих аргумената које је изнедрила федерална теорија у свом супротстављању децизионистичком погледу на свет. На крају се спуштамо са висина теоријских расправа на чврсто тло историје како бисмо потражили одговоре на Шмитова питања у конкретном искуству сложених политичких заједница.

2. ФЕДЕРАЛИЗАМ У ВАНРЕДНОМ СТАЊУ – КО ЈЕ ЧУВАР ФЕДЕРАЛНОГ УГОВОРА?

Класична теоријска дилема непријатеља и чувара устава враћа се на велика врата у арену узаврелих интелектуалних и идеолошких сукоба у временима када политичка заједница западне у системску кризу. Основни задатак чувара устава Шмит одређује на следећи начин: чувар устава има одговорност да утврди црвену линију која се не сме прећи уколико се жели сачувати оно што суштински одређује устав, његов дух.[17] Уколико такав чувар, као *pouvoir neutre et intermédiaire*, не успе да оствари своју најодговорнију дужност, на упражњено место коначног арбитра у уставним споровима ступа господар устава чије извануставне одлуке преображавају политичку природу заједнице одозго. Овде је одлучујуће питање ко одређује

[16] Bojan Kovačević, Slobodan Samardžić, „Internal Crisis of Compound Polities: Understanding the EU's Crisis in Light of the Ex-Yugoslav Federation's Failure“, *Journal of Balkan and Near Eastern Studies* 18(3)/2016.

[17] Карл Шмит, „Чувар устава“, *Норма и одлука, Карл Шмит и његови критичари* (ур. Слободан Самарџић), Филип Вишњић, Београд 2001.

шта чини дух устава и на који начин то чини. Уколико се устав поистовети са уставним текстом, наше питање постаје излишно. Наиме, ако се ствар посматра са формалистичке позиције, која не прави разлику између темељних одредаба и тривијалних уставних детаља, постаје немогуће разабрати шта чини изворну природу устава. Иако одбацује тај „релативни концепт устава“[18], Шмит такође тврди да устав не би требало помешати са неким произвољно одабраним политичким идеалом попут заштите приватне својине и личне слободе или успостављања бескласног друштва.[19] Устав је, ипак, нешто много суштинскије него сам уставни текст и нешто много трајније него преовлађујући политички циљеви епохе. Устав је, наиме, „акт уставотворне власти“.[20] Оно што Шмит изнова и изнова наглашава јесте да „устав не може сам себе да донесе“.[21] То није нека апстрактна „основна норма“ која долази ни од куда. Устав важи захваљујући постојању политичке воље која га успоставља. Да би се сачувала његова истинска природа, устав мора остати веран тој вољи и њеној одлуци о типу и форми политичког јединства. За Шмита је, дакле, најважније да утврди ко треба да одлучује о духу устава и ко треба да говори у његово име.[22] Док у апсолутистичким монархијама тај задатак остварује монарх посредством својих комесара у провинцијама, у демократској републици само инстанца која представља суверену вољу народа може поуздано да заштити оно што је одлучујуће важно у уставу.[23] Како, међутим, разрешити то питање у федерацијама, сложеним политичким заједницама које немају ни апсолутистичког монарха ни јединствени народ?

Шмит се хвата укоштац са том дилемом тако што покушава да разоткрије политичку вољу која успоставља федерацију. Такав задатак, пак, није нимало лак. Федерација настаје на темељу слободне воље својих држава чланица, што би значило да почива на међународном уговору. То је, међутим, посебна врста уговора, која суштински преображава политички статус сваке од чланица федерације. За разлику од уговора којим се ствара савез држава, федерални уговор не регулише само јасно дефинисане појединачне односе између држава. Уместо тога, федерални уговор успоставља трајно политичко јединство. То је акт уставотворне власти, што значи да је то „уставни уговор“.[24] Ко је, међутим, носилац уставотворне

[18] C. Schmitt (2008), 67–74.

[19] *Ibid*., 89–93.

[20] *Ibid*., 75.

[21] *Ibid*., 76.

[22] Jean-Francois Kervégan, *Que faire de Carl Schmitt?*, Gallimard, Paris 2011, 162.

[23] К. Шмит (1996).

[24] C. Schmitt (2008), 385.

власти у федерацији? Уколико у обзир узмемо само начин на који се федерални уговори склапају, можемо пожурити са закључком да су то државе чланице. Ствар, поново, није тако једноставна. Наиме, државе које постану чланице федерације нису оне исте државе које су претходно склопиле федерални уговор. „Улазак у федерацију значи да је устав чланице промењен. Чак и уколико ни једна једина уставна одредба није промењена, много је важније то да устав у позитивном смислу, другим речима, конкретни садржај темељне политичке одлуке у погледу свеукупне егзистенције државе, бива суштински промењен."[25] То, међутим, још увек не значи да су државе чланице пренеле уставотворну власт на јединствени народ федерације. У супротном то уопште не би ни била федерација као сложена политичка заједница већ проста демократска држава. Уколико, дакле, уставни уговор не почива ни на политичкој вољи држава чланица ни на вољи јединственог народа, ко би требало да буде његов чувар?

Шмит зна да због очувања стабилности и предвидљивог функционисања федерални ниво власти мора имати могућност да интервенише у унутрашњим стварима својих чланица. Ко, пак, треба да одлучи да ли то интервенисање угрожава политичку егзистенцију тих држава? Ко утврђује црвене линије које се не смеју прећи уколико се жели сачувати право држава на самоодређење? Може ли се тај задатак поверити федералном уставном суду? Не може, зато што би тиме била измењена сама суштина изворног уговора, коме би била одузета његова уговорна основа. Уместо да постане чувар федералног устава, федерални уставни суд би постао његов господар који се налази изнад страна у спору. „Таква инстанца би постала суверен. То не би више био суд, већ одређена политичка моћ, која, следствено, и сама тежи свом самоочувању."[26] Исто важи и за државе чланице које су се одрекле свог права да буду врховни арбитри уставног уговора у истом тренутку када су га склопиле. Уколико би државе одлучиле да поново преузму то право, оне би постале господари уговора, чиме би му одузеле његову уставну основу.

Постоји, дакле, очигледна антиномија која нас спречава да откријемо ко је чувар федералног уговора. За Шмита, међутим, управо та антиномија чини суштину уставног концепта федерације. Уколико та необична врста уговора треба да остане верна темељној политичкој одлуци која га је установила, онда питање врховног арбитра у истинским уставним конфликтима мора увек остати отворено. То значи да спорови поводом поделе надлежности између два нивоа власти никад не смеју задобити форму егзистенцијалног конфликта. У политичкој стварности чувар уставног уговора једноставно се не сме појавити. Ко онда утврђује границе легитимности мешања

25 *Ibid.*, 384.

26 *Ibid.*, 389.

федерације у послове својих чланица у случајевима егзистенцијалне кризе? Шмит одговара да федерација може остати федерација само док је способна да избегне такву кризу. Питање је, наравно, шта омогућује то избегавање.

Према Шмитовом мишљењу, суштинска хомогеност свих држава чланица је оно „што оправдава конкретни, егзистенцијални споразум између држава чланица и осигурава да до крајњег случаја конфликта неће доћи у оквиру федерације".[27] Та хомогеност може бити различите врсте, она може бити национална, религијска, културна, социјална, класна или се може односити на сличне политичке принципе који преовлађују у државама чланицама. Кључно је да уколико постоји довољно сличности између држава чланица, онда федерално мешање у њихове послове не може бити доживљено као страно интервенисање које обесмишљава њихово право на самоодређење. Суштинска истоврсност саставних јединица чини те интервенције подношљивим и спречава да оне проузрокују егзистенцијални конфликт.

На први поглед чини се заиста парадоксално да чланице федерације успевају да сачувају своје независно политичко постојање само захваљујући томе што су сличне. За оне ауторе који различитост и плурализам виде као „суштинску федералну одлику друштва"[28] мора деловати збуњујуће то што Шмит одређује федерацију инсистирајући на хомогености. Разлог те збуњености налази се у томе што већина научника који одлуче да се баве федерализмом по правилу избегава да размотри могућност избијања егзистенцијалне кризе, могућност која је за Шмита одлучујућа. С једне стране, Шмит жели да зна ко доноси одлуку у ванредном стању у класичној држави, док, с друге стране, он пита шта може спречити долазак ситуације која нужно изискује такву одлуку у федерацијама. Егзистенцијална криза може бити разрешена само сувереном одлуком, коју може донети или федерација или њене државе чланице. Без обзира на то ко доноси такву одлуку, једном када се она донесе политичка коегзистенција федерације и њених чланица више није могућа – или се федерација распада или она доноси суверену одлуку, чиме ишчезава политички карактер њених чланица.

Посматрано из Шмитовог угла, дакле, на хомогености је да очува независност саставних јединица федерације и њихово право на самоодређење. Шта се, међутим, догађа када „хомогено јединство народа прекорачи политичке границе држава чланица"?[29] То је тренутак тријумфа демократије. Ствар је, пак, у томе што федерација не може да преживи тај тријумф који је преображава у „федералну

---

[27] *Ibid.*, 392.

[28] William S. Livingston, *Federalism and Constitutional Challenge*, Clarendon Press, Oxford 1956.

[29] C. Schmitt (2008), 404.

државу без савезног основа“.[30] Победа демократије доказује тако да је политичка коегзистенција федерације и њених независних држава чланица била само прелазно стање. Што више демократија напредује, то државе чланице постају мање независне и заштићене од федералних интервенција. То значи да политичка заједница може остати федерална само док не постане потпуно демократска, зато што демократија значи „идентитет оних који владају и оних којима се влада, управљача и оних којима се управља, заповедника и следбеника“.[31] Према Шмитовом схватању, илузорно је очекивати да тај идентитет може почивати на активном учешћу грађана у политичком процесу. Само је суштинска хомогеност оно што истински и трајно мири државу и друштво. Једном када се достигне тако висок степен хомогености, воља државе и воља народа више се не могу разликовати. Очигледно, у таквој врсти заједнице која почива на уставотворној вољи народа може постојати само једно политичко јединство. У окриљу демократске федералне државе нема више места за посебну политичку егзистенцију саставних јединица. Шмитовим речима, „у стварности не постоји политичко друштво или удружење већ само један политички ентитет – једна политичка заједница“.[32] Када се комплетно политичко јединство достигне, федерални уставни уговор више не може бити уговор. Уместо тога, он постаје демократски устав. Чак и ако претходна федерална организација може бити уграђена у нов државни облик, федерација губи своју суштинску природу и прераста у класичну националну државу.

Испада тако да је за Шмита федерација осуђена да буде преображена у државу. Тај преображај се може догодити у вртлогу егзистенцијалне кризе или он може проистећи из природног напредовања демократије. Како да се односимо према таквом закључку? Очигледно, не можемо га прихватити као неприкосновену истину. Не смемо га, међутим, ни пребрзо одбацити као ирелевантан. Наше становиште је да што више федерални мислиоци пренебрегавају Шмитова питања, то његови антифедералистички одговори постају примамљивији за доносиоце одлука.

3. ФЕДЕРАЛИЗАМ И ДЕЦИЗИОНИЗАМ

На свом путу проучавања природе модерне државности федералисти и Шмит проналазе различите водиче у историји политичке мисли. Оно што су за Шмита Боден и Хобс, за модерне

30 *Ibid*.

31 *Ibid*., 264.

32 C. Schmitt (2007), 45.

теоретичаре федерализма је Јохан Алтузије (*Johannes Althusius*).[33] Насупрот децизионистичкој мисли Макијавелија, Бодена и Хобса, која је утрла пут модерној државности, Алтузије посматра разноликост средњовековних градова, општина, провинција, регија и професионалних организација као богатство које по сваку цену треба сачувати, а не као извор сталних сукоба и нестабилности. За њега је политика једноставно „уметност удруживања (*consociandi*) људи зарад успостављања, култивисања и очувања друштвеног живота“.[34] Алтузије тако одбацује једноставност и математичку извесност Боденове и Хобсове апсолутистичке државе. На место предвидљивости Левијатанове суверене одлуке он поставља авантуру неизвесне политичке потраге за одговором на питање шта је корисно и нужно за заједнички живот разноликих територијалних и функционалних група удружених у свеобухватну заједницу.

Карл Ј. Фридрих (*Carl J. Friedrich*) један је од првих модерних теоретичара који су препознали далекосежан значај Алтузијеве теорије. Према Фридриховом мишљењу, федерализам не би требало посматрати као статичан концепт вертикалне поделе надлежности у довршеним политичким заједницама, државама. Уместо тога, реч је о трајном процесу „федерализовања политичке заједнице, односно, процесу кроз који одређени број одвојених политичких ентитета склапа договоре зарад проналаска решења, усвајања заједничких политика и доношења заједничких одлука о заједничким проблемима“.[35] Ко је суверен у таквом систему? На чијој коначној одлуци се темељи предвидљиво функционисање сложене заједнице? Фридрих одговара: „Нико не може бити суверен у федералном систему.“[36] Као и Шмит, и Фридрих је разумео да се сувереност не може делити, будући да би то негирало саму њену природу недељиве и највише власти. Уместо да падне у замку лажне дилеме о томе да ли сувереност припада државама или федерацији, Фридрих једноставно проглашава потпуну некомпатибилност федерализма и суверености. Будући да федерализам почива на уговору, место суверена заузима уставотворна власт, она која уговор сачињава. Као и код Алтузија, та уставотворна власт не припада апстрактним појединцима већ остаје увек у поседу оних колективитета који склапају федерални уговор и сежу од локалних и регионалних па све до глобалне заједнице. Супротно децизионистичкој логици, Фридрихова сложена заједница не опстаје захваљујући одлуци, коначној речи сувереног владара. Лишена извесности, федерација опстанак ставља у функцију спремности својих саставних јединица

33 Johannes Althusius, *Politica*, Liberty Fund, Indianapolis 1995.

34 *Ibid*., 48.

35 C. J. Friedrich (1968), 7.

36 *Ibid*., 8.

да заједничка правила игре стално изнова прилагођавају промењеним друштвеним, политичким и економским приликама.

Данијел Елазар (*Daniel Elazar*) још један је од важних савремених мислилаца федерализма који је разумео значај Алтузијеве теорије за разумевање данашњег света.[37] Управо на трагу Алтузијеве мисли Елазар закључује да у федералном систему не може постојати јединствен центар суверене власти. Из тога происходи разликовање „нецентрализације" и „децентрализације". Нецентрализовани, на уговору засновани федерални „матрикс"[38], сматра Елазар, омогућава најбољу комбинацију самоуправе и заједничке управе између саставних јединица политичке заједнице.

Међу љуте федералистичке непријатеље децизионистичке логике модерне државности спада и Винсент Остром (*Vincent Ostrom*). Државе су за њега само „фаустовске нагодбе које користе инструменте зла да би постигле добро, обмањујући на тај начин људе и стварајући трајне заблуде и самозаблуде у погледу управљања људским стварима".[39] За Острома је сам термин „федерална држава" оксиморон. Постоје „федерална друштва као самоуправна друштва" и „друштва којима управља држава".[40] Појединци и колективи који чине аутентично федерално друштво стално изнова проналазе нова правила политичког одлучивања учећи из искуства претходних грешака друштвеног организовања. У таквој сложеној заједници, Шмитово питање ко доноси одлуку у ванредном стању заиста постаје излишно.

Анализом радова савремених федералистичких аутора инспирисаних Алтузијем, можемо извући неколико закључака који се супротстављају Шмитовим увидима. Први се односи на питање успостављања политичког јединства. Док је за Шмита хомогеност одлучујућа претпоставка јединства, федералисти одговарају да федерално јединство заувек остаје неизвестан исход процеса делиберације и потраге за компромисом. „Федерализам је обележен сталним давањем и одузимањем између инклузивне заједнице и њених саставних делова, и ова органска међузависност, сарадња и размена чини универзално начело политичке организације."[41] Посматрано из

[37] Daniel J. Elazar, „Althusius and federalism as grand design", *Konsens und konsoziation in der politischen Theorie des fruhen Föderalismus* (Hrsg. Giuseppe Duso, Werner Krawietz, Dieter Wyduckel), Duncker & Humbolt, Berlin 1997.

[38] Daniel J. Elazar, „Mason versus Madison: Developing an American Theory of Federal Democracy", *Federalism: The Legacy of George Mason* (ed. Martin B. Cohen), University Publishing Association, Fairfax 1988, 97.

[39] Vincent Ostrom, „Where to Begin", *Publius* 2/1995, 58.

[40] *Ibid.*, 54.

[41] Carl J. Friedrich, „Federal constitutional theory and emergent proposals", *Federalism, Mature and Emergent* (ed. Arthur W. Macmahon), Doubleday & Company, New York 1955, 513–514.

Шмитовог угла, добра воља за компромисом илузорна је уколико у федерацији не постоји супстанцијална хомогеност. „Тамо где нема супстанцијалне хомогености, споразум о федерацији представља несупстанцијални, лажни и срамотни чин.“[42] То се наравно коси са позицијом према којој кључни састојак федералистичког јединства чини верност федералистичком духу да се стално проналазе нови уставни начини остваривања заједничких циљева и потреба.

На питање односа између федерализма и демократије федералисти нуде одговоре који су суштински супротни Шмитовом схватању. Док Шмит сматра да федерација не може бити демократска, Фридрих тврди да демократија и федерализам подразумевају једно друго и да једно без другога уопште и не могу да постоје.[43] За Шмита у федерацији увек постоји могућност да народ постане свестан свог политичког постојања и почне да делује као јединствена нација. Остваривање те могућности условљено је променама политичких и геополитичких прилика. Једном, пак, када јединствени народ преузме уставотворну власт, федерација престаје да постоји и бива преображена у федералну државу. Оно, пак, што федералистима омогућава да помире федерализам и демократију јесте управо то што они одбацују саму идеју народне суверености, замењујући појам јединственог народа плурализмом група. „Све што је потребно јесте да се прихвати да задата група појединаца А1, А2, А3... и друга група Б1, Б2, Б3... ‘припада’ не само заједници А и заједници Б већ истовремено и заједници АБ, која их обе укључује, при чему се подразумева да оно што одређује заједнице јесу заједничке потребе, циљеви итд.“[44]

Алтузијем надахнути савремени федералистички аутори изнедрили су заиста логички кохерентне одговоре на Шмитову федералну дилему. За разлику од Шмита, њих не занима изузетни случај груписања пријатељ–непријатељ као претпоставка успостављања одлучујућег јединства које превазилази пуко груписање друштвених организација. За федералистичко схватање политике разлика између децентрализоване државе, федералне државе, лиге народа, царства или пуког система држава није у томе што неке од тих заједница представљају одлучујуће политичко јединство а друге не. Уместо тога, постоји само разлика у „ступњу односа између власти и територије којом се управља; при чему два гранична случаја, комплетно јединство и комплетна раздвојеност, представљају само маргиналне фазе“.[45]

42 Schmitt (2008), 395.

43 Friedrich (1955), 519.

44 *Ibid*.

45 *Ibid*., 515.

Насупрот Шмиту, федералисти не настоје да помире антиномије федералног концепта. Штавише, антиномије, тензије, несигурност и непредвидљивост сваког истинског процеса федерализације треба разумети као еманципаторски потенцијал који треба сачувати по сваку цену. Прихвативши идеју федерације као „матрикса“, федералисти попут Фридриха, Елазара и Острома улазе у сукоб са свим темељним појмовима модерне државности. Суверена одлука се замењује процесом федерализације. На место хомогености ступа бескрајна потрага за консензусом између свеобухватне заједнице и њених саставних делова. Демократију појмљену као идентитет владара и оних којима се влада замењује плурализам територијалних и функционалних интереса.

Речју, најважнији представници савремене мисли о федерализму покушавају да нам кажу да уколико се ослободимо ригидне логике или-или Бодена, Хобса и Шмита, можемо открити читав нови свет могућности за проширење демократије и конституционализма с оне стране граница националних држава. Питање је зашто бисмо им веровали. Постоји ли нешто уистину вредно што можемо изгубити уколико раздвојимо заједнице у којима живимо од појмова народне суверености, чувара устава, коначне одлуке или одлучујућег политичког јединства? Тражити одговоре искључиво на нормативном нивоу анализе било би погрешно колико и лако и површно. Већина данашњих федералиста исувише брзо је прогласила победу еманципаторске визије бескрајног процеса федерализације политичких заједница над Шмитовим концептом федерације која почива на суштинској хомогености својих држава чланица. У овом чланку бирамо другачији пут. Уместо да та питања решавамо заузимајући идеолошку позицију, окрећемо се историјском искуству америчке, немачке, швајцарске и југословенске федерације како бисмо видели шта нам оно говори о односу федерализма и децизионизма.

4. МОЖЕ ЛИ ФЕДЕРАЛИЗАМ ДА ПРЕЖИВИ ДЕЦИЗИОНИЗАМ?

Теоријски и практични одговори на темељне дилеме политичке мисли који су пронађени у процесу изградње модерних националних држава нису били на располагању архитектама сложених политичких заједница. За разлику од модерних држава, федерације су настајале удруживањем претходно суверених и независних ентитета. Стога су оне морале проналазити сопствене начине да разреше антиномију између слободе и поретка, да успоставе демократију и изграде национално јединство. Управо због тога је значајно испитати како се такве заједнице носе са теоријским изазовом аутора чија је мисао

разоткрила оно мрачно у природи модерне државности. Постављамо, дакле, следеће питање: да ли нам америчко, југословенско, немачко и швајцарско историјско искуство говоре нешто важно о федерализму што Шмитова уставна теорија не успева да објасни?

Према схватању федерализма као процеса, не постоји јасна линија која разграничава савез држава, федерацију и федералну државу, будући да су то само различите етапе постепеног процеса федерализовања политичке заједнице. Посматрано са тог становишта, нема потребе одређивати црвене линије које се не смеју прекорачити уколико устав треба да остане веран утемељујућој политичкој одлуци која га је установила. Уколико се, наиме, федерализам појми као процес, онда питање уставног чувара постаје излишно. У случају Сједињених Америчких Држава прелаз од Одредаба о конфедерацији на Устав заиста није одредио коначног арбитра уставних спорова. Међутим, далеко од тога да је настанак америчке федерације учинио излишним питање чувара устава. Штавише, то питање се у деценијама након Филаделфијске конвенције нашло у самом средишту свих великих политичких спорова.[46] Очеви оснивачи САД нису успели да спрече да питање поделе власти између федерације и њених саставних јединица прерасте у питање о суверености. Посматрано кроз призму доктрине о правима држава Џона Калхуна (*John Calhoun*), политички конфликти због увођења заштитних царина и ропства постају разорни уставни конфликти који изискују или-или врсту разрешења.[47] Међутим, у условима непостојања суштинске хомогености, такав вид разрешења нужно угрожава основне вредности и посебан начин живота неких чланица федерације. За Американце тог времена очување политичке самосвојности њихових држава било је нешто за шта вреди жртвовати живот у рату. Дакле, ту се ипак радило о црвеним линијама. Проблем је био у томе што је за државе Севера и државе Југа црвена линија значила суштински различите ствари. Тек пошто је питање суверености разрешено силом мача и огња у Грађанском рату 1861–1865. године, Устав је коначно добио свог неприкосновеног чувара у лику Врховног суда САД.[48] Ствар је, међутим, у томе што то више није био исти устав, који не представља „ни национални ни федерални устав", како су то замислили очеви оснивачи; од Грађанског рата то је најпре национални па тек онда федерални устав. Ни САД више нису биле иста политичка заједница. То више није била федерација већ суверена држава.

---

[46] Charles Beard, Mary R. Beard, *History of the United States*, New York 1921, 285–343.

[47] John C. Calhoun, „On the relation which the states and general government bear to each other", *Theories of Federalism* (eds. Dimitrios Karmis, Wayne Norman), Palgrave, New York 2005.

[48] Andrew Glencross, *What Makes the EU Viable? European Integration in the Light of the Antebellum US Experience*, Palgrave Macmillan, New York 2009, 59.

У погледу политичке коегзистенције федерације и њених чланица, испоставило се да саставне јединице нису успеле да сачувају свој државни карактер због својих супротстављених схватања о тако темељном вредносном питању какво је било ропство. Због непостојања суштинске сличности државе нису успеле да избегну егзистенцијални конфликт, чији ће их исход трајно лишити политичке егзистенције. Питање политичке независности и права на самоодређење саставних јединица америчке федерације биће након грађанског рата трајно скинуто са дневног реда. Исту судбину имало је и питање односа између федерализма и демократије. Након Линколнове (*Abraham Lincoln*) ратне победе, амерички народ постаје неприкосновени носилац уставотворне власти. Државе чланице не само да више никад нису одиграле кључну улогу у уставним трансформацијама већ су временом изгубиле и амбицију да то чине. У периодима нормалног функционисања система та темељна уставна трансформација од федерације ка демократској држави остаје замаскирана сачуваним институционалним системом хоризонталних и вертикалних кочница и равнотежа.[49] Чињеница да америчка политичка заједница почива на вољи јединственог народа постаје видљива само у изузетним уставним моментима као што су *New Deal* реформе, када се основна уставна правила мењају.[50] Управо ти ретки, драматични „уставни моменти" убедљиво потврђују да у случају САД федерација уистину није успела да преживи тријумф демократије.

Према тексту устава и мишљењу његових главних тумача, југословенски федерализам је био замишљен као процес који постепено треба да происходи остваривањем бескласног друштва.[51] Тај особити концепт федерализма померa фокус са онога што је већ ту и треба да буде сачувано – политичко постојање појединачних чланица федерације освојено и одбрањено уз велике људске жртве у току националних ослободилачких ратова – ка нечему што тек треба створити – друштво које без државе управља само собом. Посматрано из тог угла, сам појам уставног чувара постаје бесмислен и историјски ретроградан. Исто важи и за питање суштинске хомогености чланица федерације, која у случају Југославије није била историјски задата. Уместо тога, према званичној уставној визији, истинска сличност становништва требало је да се појави тек у тренутку када федерални процес стигне до тачке у којој ће Срби, Хрвати, Македонци, Словенци и Црногорци постати спремни да превладају своје националне,

49 S. Fabbrini (2007), 141–171.

50 Bruce Ackerman, *We the People. Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts – London 1993.

51 Dejan Jović, *Yugoslavia: A State That Withered Away*, Purdue University Press, West Lafayette, Indiana 2009.

религијске, културне и језичке разлике.[52] У сваком случају, упркос томе што није имала уставног чувара ни хомогеност, та својеврсна сложена заједница показала се способном да плодоносно функционише деценијама. Значи ли то да нам југословенско искуство говори нешто ново о федерализму, нешто што Шмитова уставна теорија не може да објасни?

Одговор је, ипак, одречан. Иако лишен свог чувара, југословенски устав имао је свог господара, који је стајао изнад њега као неприкосновени коначни арбитар свих уставних спорова. Били су то Комунистичка партија и њен доживотни вођа Јосип Броз Тито. Званични уставни концепт федерације као нечега што се трајно налази у настајању учинио је немогућим разликовање између нормалног стања и стања егзистенцијалне кризе. То је партијским елитама омогућило да у својству „суверених диктатора“[53] непрекидно мењају одозго основну природу устава федерације и устава њених држава чланица. Међутим, након Титове смрти, питање ко треба да наследи улогу уставног господара почело је да дели управљачке елите из различитих република. Када су се коначно републике докопале улоге уставних господара, федерација се распала, показавши тако да је ипак била оно што је Шмит назвао „обмањујућим и привидним послом“.

Питање паралелне коегзистенције федерације и њених саставних јединица у Југославији било је дуго маскирано уставном идеологијом која га је учинила беспредметним будући да је држава као таква на крају требало да одумре. Ипак, једном када се то питање са висина идеолошких расправа преместило на чврсто тло политичке стварности, испоставило се да историјске, националне, религијске и културне разлике саставних јединица федерације представљају непремостиву препреку очувању политичког јединства.[54] Исто важи и за однос између федерализма и демократије. Док је систем функционисао предвидљиво, главни доносиоци одлука могли су да приказују посебан југословенски модел „самоуправног федерализма“ као историјски напреднији од оног класичног, који почива на концепту *demos*-а као јединственог народа. Међутим, у ситуацији када је споразум између владајућих елита постао недостижан, тај наводно напредни систем демократије показао се немоћним да одговори чак и на најскромније захтеве и потребе становништва. Елите су тако биле принуђене да се окрену класичном моделу демократије. Међутим, будући да је федерални устав сместио циљ остварења

[52] Edvard Kardelj, *The Nation and Socialism*, Socialist Thought and Practice, Belgrade 1981.

[53] C. Schmitt (2014), 112–131.

[54] Слободан Самарџић, *Југославија пред искушењем федерализма*, Стручна књига, Београд 1990.

истинске хомогености Југословена у далеку и неизвесну будућност, једина хомогеност која је елитама остала на располагању била је национална хомогеност појединачних република. Управо су на том основу народи Југославије коначно приграбили уставотворну власт. За њихове националне лидере то је значило тријумф демократије. Смрт југословенске федерације била је непосредан исход таквог тријумфа.

Насупрот уставном искуству САД, немачко уједињење 1871. године одиграло се без великих дебата о правом носиоцу суверености и уставотворне власти. Исти језик, култура и обичаји, заједно са колективним историјским сећањем на ослободилачке ратове против Наполеонове Француске, били су довољни да оправдају политичко јединство Немаца. Суштинска хомогеност становништва била је такође довољна да премести проблем уставног чувара на безбедну раздаљину од друштвено-политичке стварности а да га притом не реши. Питање поделе задатака између федерације и њених чланица било је од самог почетка повезано са унапређењем ефикасности управљачког процеса. Насупрот америчком искуству, питање нужног уплива федерације у унутрашње послове држава чланица никад није прерасло у неразрешиви конфликт због суверености.[55] Рат између Прусије и Аустрије 1866. године није имао везе са питањем коначног арбитра у уставним споровима између федерације и њених чланица. Уместо тога, поставило се питање чији цар би, пруски или аустријски, требало да представља уједињену политичку вољу Немаца.

Отклонивши могућност избијања егзистенцијалног конфликта на безбедну удаљеност од политичке стварности, суштинска хомогеност чланица федерације омогућила им је да сачувају свој статус држава. Свестан да национално јединство Немаца почива на нечему трајном, што обликују дубоке силе историје, Бизмарк (*Otto von Bismark*) није био приморан да једном за свагда разреши питање суверености и тако укине независно политичко постојање старим немачким монархијама. Управо је супстанцијална хомогеност Немаца омогућила да се политичка и административна аутономија држава не доживе као претња политичком јединству федерације већ као инструмент ефикаснијег остваривања њених најважнијих друштвених, безбедносних, економских и политичких циљева.[56]

Остајући лојални својим монарсима, који су им обезбеђивали сигурност и економски просперитет вековима, Немци који су се 1871. године нашли у јединственом Рајху нису имали амбицију да преузму

[55] Hans Boldt, „Federalism as an Issue in the German Constitutions of 1849 and 1871“, *German and American Constitutional Thought* (ed. Hermann Wellenreuther), Bloomsbury Academic, New York – Oxford 1990.

[56] Daniel Ziblatt, *The Formation of Italy and Germany and the Puzzle of Federalism*, Princeton University Press, Princeton – Oxford 2006, 32–56.

уставотворну власт. Једном када су одлучили да коначно прихвате демократски принцип, усвојивши у Вајмару Устав 1919. године, они су то учинили избегавајући егзистенцијални конфликт између федерације и њених држава чланица. Насупрот америчком и југословенском случају, чланице немачке федерације мирно су се одрекле значајних управљачких овлашћења и независног политичког постојања зарад остваривања потпуног националног јединства. Амерички народ је морао да прође кроз крвави грађански рата како би Устав учинио прво националним, а тек онда федералним. Немци су постали носиоци уставотворне власти захваљујући природном развоју демократије. Ипак, оно што немачко искуство чини сличним америчком и југословенском јесте то што је тријумф демократије значио ишчезавање истинске федерације. Пошто је демократија заменила монархију, немачка федерација је мирно преображена у суверену државу сачувавши само неке од елемената претходне федералне структуре.

Из претходних редова следи да искуство америчке, југословенске и немачке федерације не противуречи главним закључцима Шмитове уставне теорије. Нисмо узели у разматрање нормално функционисање тих федералних система будући да то уопште не занима Шмита. Тај класични мислилац државе и права жели да открије шта се дешава са федерацијама у ситуацији егзистенцијалне кризе. Нас, пак, занима постоји ли нека сложена политичка заједница која чини излишним Шмитово омиљено или-или разликовање између нормалног и ванредног. Може ли нам искуство швајцарске федерације рећи нешто више о томе?

Питање црвених линија које се не смеју прећи уколико кантони треба да сачувају своју политичку аутономију има суштински значај за швајцарску федерацију. У недостатку било какве врсте супстанцијалне сличности становништва, федералне интервенције којима се угрожава право кантона на самоодређење одувек су биле доживљаване као стране интервенције. Тако је, насупрот немачком искуству, питање уставног чувара у Швајцарској непосредно повезано са проблемом вертикалне поделе управљачких задатака. То значи да дилема о томе ко одлучује о духу устава и ко говори у његово име не може бити избегнута у политичкој пракси. Нестална друштвена, економска и геополитичка реалност изискује сталну потрагу за новим видовима равнотеже између самоуправе и заједничке управе, а само чувар устава може одредити како истинска равнотежа треба да изгледа. То, међутим, у Швајцарској никада није био задатак комесарског диктатора који делује само у ванредним околностима кризе. Уместо тога, народи који сачињавају швајцарску сложену заједницу преузели су на себе задатак цртања и прецртавања уставних црвених линија, користећи инструменте непосредне демократије.[57] Тај

[57] Thomas Fleiner, L. R. B. Fleiner, *Constitonal Democracy in a Multicutural and Globalized World*, Springer, Berlin – Heilderberg 2009, 593–650.

особити чувар устава мора изнова и изнова да остварује свој одговоран задатак, будући да питање црвених линија долази у средиште политичке пажње сваки пут када федерални ниво власти као одговор на изазове глобализованог света науми да преузме неку од кантоналних надлежности.[58] Швајцарска федерација је заиста трајно у настајању, што чини немогућим повлачење јасних линија раздвајања између нормалног и ванредног стања. Супротно југословенском искуству, швајцарски систем функционише стабилно вековима иако не постоји било какав уставни господар који би о политичкој природи федерације одлучивао одозго. Шмитова уставна теорија немоћна је да објасни тај феномен.

Шмит такође не може да објасни чињеницу да су и швајцарска федерација и њене саставне јединице успеле да сачувају своју политичку егзистенцију упркос томе што не постоји национална, религијска, језичка, класна или културна хомогеност становништва. Неко би могао да тврди да је питање политичког јединства Швајцараца разрешено кратким грађанским ратом (*Sonderbund*) из 1848. године. Тај аргумент, међутим, не делује довољно убедљиво. Насупрот искуству САД, победници тог кратког рата са малим бројем жртава нису једноставно приморали поражене кантоне да прихвате њихову визију будућег политичког јединства. Уместо тога, направљен је компромис.[59] Штавише, то није била врста компромиса која би питање суверености разрешила једном за сва времена. О условима швајцарског политичког јединства преговара се стално изнова, сваки пут када то од система одлучивања затражи његова суштински промењена околина.

Коначно, искуство Швајцарске најочигледније противуречи Шмитовим закључцима о односу између федерализма и демократије. У Швајцарској, наиме, ни федерализам ни демократија не почивају на суштинској хомогености становништва. Уместо тога, становници изузетно хетерогених територијалних и функционалних заједница до свести о припадности швајцарској нацији доспевају активним учешћем у политичком процесу. То значи да у случају Швајцарске федерација не би могла да преживи без демократије. Истовремено, модел демократије утемељен на јединственом народу који врши уставотворну власт уопште се не може применити у Швајцарској. Само захваљујући федералном систему који омогућава непосредно учешће историјски задатих заједница у процесу доношења одлука швајцарска демократија успева да функционише, узимајући облик

[58] Hanspeter Kriesy, Alexander H. Trechsel, *The Politics of Switzerland. Continuity and Change in a Consensus Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge – New York 2008, 56–61.

[59] Thomas Fleiner, „Discrepancies between Civil Law and Common Law Federations“, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 19(1)/2015, 405.

демоикратије. Док Шмит тврди да федерација не може да преживи тријумф демократије, швајцарско искуство живо сведочи да федерализам и демократија могу бити интринзично повезани до те мере да један појам не може опстати без другог.

5. ЗАКЉУЧАК

Питање изградње федералног поретка било је у средишту пажње овог чланка. Мора ли политичко јединство федерације почивати на одлуци суверена? Може ли уставни одговор на питање извора политике бити неизвестан исход бескрајног политичког процеса договарања између заједница и грађана који федерацију стално изнова стварају? Трагали смо, дакле, за федерацијом која одолева децизионистичком изазову. Пример САД сведочи о неуспешном покушају да се питање црвених линија у процесу изградње федералног поретка заобиђе захваљујући оригиналном уставном решењу вертикалне и хоризонталне поделе власти. Југословенски уставни експеримент са федерализмом као процесом изградње сложене заједнице према унапред задатим политичким циљевима требало је да учини питање уставног чувара и политичког јединства федерације излишним. Када је, пак, захтев за одлуком пробио наслаге званичне идеологије и поставио се у политичкој стварности, федерација се распала. Пример немачке федерације, створене уједињавањем суверених монархија које су као независне постојале вековима, сведочи о могућности избегавања егзистенцијалног конфликта захваљујући етничкој хомогености становништва.

На крају смо, ипак, успели да пронађемо федерацију чије искуство Шмитова децизионистичка теорија не може да објасни. Та федерација је Швајцарска. За разлику од немачког искуства, у Швајцарској су се нашле уједињене етнички изразито хетерогене заједнице. Насупрот америчком и југословенском искуству, питање порекла, крајњег извора политике, швајцарски уставни експеримент стално изнова поставља у средиште политичког процеса који укључује грађане и њихове заједнице. У својим радовима Шмит стално упозорава на опасност од тога да се у временима стабилног функционисања система заборави питање извора поретка. На учесталим референдумима о уставним променама у Швајцарској са Шмитовим питањем се суочавају сами грађани и на њега изнова успевају да пронађу одговоре примерене промењеној политичкој и друштвеној стварности. Активно учешће грађана у одлучивању о црвеним линијама које федерална власт не сме да пређе уколико не жели да угрози опстанак заједнице чини да исход уставног и политичког процеса у Швајцарској буде неизвеснији него у било којој другој федерацији. Инструменти непо-

средне демократије условљавају и то да процес изградње федерације у Швајцарској буде постепен, тром и спор. Упркос томе, швајцарски федерални процес изградње заједнице вековима успешно избегава да удари о децизионистички зид егзистенцијалне кризе. Управо то чини швајцарско федерално искуство корисним путоказом за све нове покушаје изградње сложених заједница који настоје да избегну кобну клопку децизионизма.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Ackerman, B., *We the People. Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts – London 1993.

Althusius, J., *Politica*, Liberty Fund, Indianapolis 1995.

Beard, A. C., Beard, M. R., *History of the United States*, New York 1921.

Boldt, H., „Federalism as an Issue in the German Constitutions of 1849 and 1871“, *German and American Constitutional Thought* (ed. H. Wellenreuther), Bloomsbury Academic, New York – Oxford 1990.

Calhoun, J. C., „On the relation which the states and general government bear to each other“, *Theories of Federalism* (eds. D. Karmis, W. Norman), Palgrave, New York 2005.

Elazar, D. J, „Mason versus Madison: Developing an American Theory of Federal Democracy“, *Federalism: The Legacy of George Mason* (ed. M. B. Cohen), University Publishing Association, Fairfax 1988.

Elazar, D. J., „Althusius and federalism as grand design“, *Konsens und konsoziation in der politischen Theorie des fruhen Föderalismus* (Hrsg. G. Duso, W. Krawietz, D. Wyduckel), Duncker & Humbolt, Berlin 1997.

Fabbrini, S., *Compound Democracies. Why the United States and Europe Are Becoming Similar*, Oxford University Press, Oxford – New York 2007.

Fleiner, T., Fleiner, L. R. B., *Constitonal Democracy in a Multicutural and Globalized World*, Springer, Berlin – Heilderberg 2009.

Fleiner, T., „Discrepancies between Civil Law and Common Law Federations“, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 19(1)/2015.

Friedrich, C. J., „Federal constitutional theory and emergent proposals“, *Federalism, Mature and Emergent* (ed. A. W. Macmahon), New York 1955.

Friedrich, C. J., *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Pall Mall Press, London 1968.

Galli, C., *Geneallogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bologna 2010.

Glencross, A., *What Makes the EU Viable? European Integration in the Light of the Antebellum US Experience*, Palgrave Macmillan, New York 2009.

Hueglin, T. O., „Althusian Federalism for a Post-Westphalian World", *The Challenge Of Cultural Pluralism* (ed. Stephen Brooks), Praeger, Westport 2002.

Jakovino, R., Erk, J., „The constitutional foundations of multinational federalism: Canada and Belgium", *Multinational federalism. Problems and prospects* (eds. M. Seymour, A. G. Gagnon), Palgrave Macmillan, London 2012.

Jović, D., *Yugoslavia: A State That Withered Away*, Purdue University Press, West Lafayette, Indiana 2009.

Kardelj, E., *The Nation and Socialism*, Socialist Thought and Practice, Belgrade 1981.

Kervégan, J. F., *Que faire de Carl Schmitt?*, Gallimard, Paris 2011.

Kovačević, B., Samardžić, S., „Internal Crisis of Compound Polities: Understanding the EU's Crisis in Light of the Ex-Yugoslav Federation's Failure", *Journal of Balkan and Near Eastern Studies* 18(3)/2016.

Kriesy, H., Trechsel, A. H., *The Politics of Switzerland. Continuity and Change in a Consensus Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge – New York 2008.

Livingston, W. S., *Federalism and Constitutional Challenge*, Clarendon Press, Oxford 1956.

Nicolaidis, K., „The federal vision beyond the federal state", *The Federal Vision* (eds. K. Nicolaidis, R. Howse), Oxford University Press, Oxford 2002.

Offe, C., *Europe Entrapped*, Polity Press, Cambridge – Malden, Massachusetts 2015.

Ostrom, V., *The Political Theory of a Compound Republic: Designing the American Experiment*, University of Nebraska Press, Lincoln, Nebraska 1987.

Ostrom, V., „Where to Begin", *Publius* 2/1995.

Самарџић, С., *Југославија пред искушењем федерализма*, Стручна књига, Београд 1990. (Samardžić, S., *Jugoslavija pred iskušenjem federalizma*, Stručna knjiga, Beograd 1990)

Schmitt, C., *The Crisis of Parliamentary Democracy*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts – London 2000.

Schmitt, C., *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*, Telos Press Publishing, New York 2006.

Schmitt, C., *The Concept of the Political*, The University of Chicago Press, Chicago – London 2007.

Schmitt, C., *Constitutional Theory*, Duke University Press, Durham – London 2008.

Schmitt, C., *Dictatorship*, Polity Press, Cambridge – Malden, Massachusetts 2014.

Шмит, К., „Чувар устава", *Норма и одлука, Карл Шмит и његови критичари* (ур. С. Самарџић), Филип Вишњић, Београд 2001. (Šmit, K., „Čuvar ustava", *Norma i odluka, Karl Šmit i njegovi kritičari* (ur. S. Samardžić), Filip Višnjić, Beograd 2001)

Wheare, K. C., *Federal Government*, Oxford University Press, London – New York 1963.

Ziblatt, D., *The Formation of Italy and Germany and the Puzzle of Federalism*, Princeton University Press, Princeton – Oxford 2006.

Bojan Kovačević, PhD

Associate Professor
University of Belgrade, Faculty of Political Sciences

FEDERALISM AND CONSTITUTING OF AN ORDER – DECISION OR PROCESS?

Summary

Most of contemporary constitutional lawyers investigating federalism focus only on the system's normal functioning. In contrast to this mainstream approach in this article we argue that in order to understand true challenges of compound communities in today's epoch of crisis a scholar has to look for the ways a federation caught in the trap of exceptional situation deals with the either/or decisionist dilemma. The article is divided in three parts. In the first part we ask the three major questions: Who is guardian of the federal constitution? What enables the parallel political coexistence of a federation and its composing parts? What is the relationship between federalism and democracy? In the second part, we present some of todays most distinguished federal scholars' arguments that negate the importance of whether-or decisionistic dilemma for understanding compound communities' constitutional nature. In the last part,

we land from the sky of theoretical discussions to the realm of history in order to look for the answers to Schmitt's questions in concrete experience of compound political communities.

Key words: *Federalism. – Decisionism. – Carl Schmitt. – Guardian of the constitution. Democracy. – Crisis.*

Article history:
Received: 18. 10. 2017.
Accepted: 29. 6. 2018.

УДК 341.217.02(4-672EU)

CERIF: S155

Др Маја Лукић Радовић*

ЛОЈАЛНОСТ УНУТАР ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ – ПРАВНА ИЛИ САМО ПОЛИТИЧКА ОБАВЕЗА

Одредба оснивачких уговора којом су прописане дужност лојалне (искрене) сарадње држава чланица са комунитарним институцијама и корелативна дужност уздржавања од мера које би угрозиле остварење циљева оснивачких уговора, била је од Римског уговора до данас предмет тумачења Суда Европске уније. Она је послужила као основ за бројна и битна усавршавања и учвршћивања комунитарног правног система, међу којима су утврђивање начела предности права Заједнице, искључиве прећутне надлежности Заједнице у спољним пословима, начела делотворности и др. Чини се да ће на питање да ли је реч о јединственом начелу лојалности или о скупу сродних дужности тек пракса Суда Европске уније у будућности дати коначан одговор. Уколико се прихвати да постоји, чини се да је начело лојалности најсродније начелу аутономије права Европске уније и по значају за развој правног система Европске уније и по томе што се непосредно граничи са сфером државних интереса и политичког живота.

Кључне речи: *Начело лојалности. – Дужност лојалне сарадње. – Општа начела права ЕУ. – Аутономија права ЕУ.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ О ОПШТОЈ ПЕРЦЕПЦИЈИ НАЧЕЛА ЛОЈАЛНОСТИ

Начело лојалности улази у круг темељних начела уставног поретка и права Европске уније (ЕУ), заједно са начелима солидарности, поверених надлежности, непосредног дејства и предности права ЕУ и др. У оснивачким уговорима и пракси Суда ЕУ то начело је формулисано изразом „искрена сарадња“ – *sincere cooperation* (посебно у

* Ауторка је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *maja.lukic@ius.bg.ac.rs*.

верзијама оснивачких уговора на енглеском језику), односно „лојална сарадња“ – *cooperation loyale, loyale Zusammenarbeit* (у верзијама оснивачких уговора на француском односно немачком), али као такво није формулисано, већ је то првенствено појам који је настао у стручној литератури. Независно од атрибута који се придаје сарадњи коју дугују, како институције ЕУ државама чланицама, тако и државе чланице институцијама ЕУ, посебно је питање односа дужности сарадње са начелном обавезом лојалности: многи аутори разликују дужност искрене (лојалне, верне) сарадње од начела лојалности, сматрајући дужност сарадње једном од дужности које проистичу из тог начела.[1] Полазиште овог рада је да је дужност лојалне сарадње активан вид обавезе која проистиче из начела лојалности, док пасивни вид представљају обавезе уздржавања и нечињења.

Како наглашава Кламерт, то начело је било предмет веома мало пажње стручне јавности изван немачког говорног подручја – његова монографија посвећена начелу лојалности била је прва о том предмету објављена на енглеском језику – све до почетка друге деценије 21. века, када је Суд Европске уније (Суд ЕУ) то начело почео у значајнијој мери да примењује на област спољних односа.[2] Исти аутор указује на то да је „захтев за лојалношћу био у средишту развоја права ЕУ од 1960-тих“[3] и да се Суд ЕУ позивао на лојалност као на правни основ широке лепезе дејстава права ЕУ која ограничавају надлежност држава чланица, а која се не заснивају на предности права ЕУ нити на искључивим надлежностима ЕУ, односно да је то „начело за решавање сукоба по важности једнако начелима предности (премоћи) [права ЕУ, прим. М. Л. Р.] и искључиве надлежности [ЕУ, прим. М. Л. Р.].[4]

---

[1] За Бланкеа, аутора прве монографије о начелу лојалности из 1994. године, чланом 5 Уговора о Европској економској заједници, који се односио на начело лојалности, установљене су чак четири дужности: међусобне сарадње, у смислу усклађености, држава чланица, сарадње са органима заједнице, лојалности „којом се чува комунитарни систем у његовој функционалној и структурној димензији“ и солидарности међу државама чланицама. Marc Blanquet, *L'article 5 du traité C. E. E.: recherche sur les obligations de fidelité des États membres de la Communauté*, thèse de doctorat en Droit public sous la direction de Guy Isaac, soutenue en 1992 à Toulouse 1, Résumé, *http://www.theses.fr/1992TOU10033*, 25. јун 2018.

[2] Marcus Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford University Press, Oxford 2014, 1–2, 64–65.

[3] *Ibid*., 1.

[4] *Ibid*., 123–124. Значај који Кламерт придаје начелу лојалности види се из чињенице да је сматрао за потребно да у цитираној монографији о том начелу обради кључне области права ЕУ: понудио је своје виђење конституционализације, анализирао структуру права ЕУ, посебно утицај права ЕУ на права држава чланица, непосредно и посредно дејство права ЕУ, начело предности права ЕУ у односу на права држава чланица и прећутна искључива овлашћења у областима подељених

Ради поимања улоге коју начело лојалности има у праву ЕУ, у другом делу овог рада биће испитане промене које је формулација предметног начела у оснивачким уговорима претрпела током времена, док ће у трећем делу бити анализирани кључни кораци које је у тумачењу односне одредбе предузео Суд ЕУ. У четвртом делу рада биће размотрено кључно питање постојања и природе начела лојалности. Имајући у виду циљ истраживања, у раду неће бити анализирани различити и многобројни видови конкретизације начела лојалности, у виду дужности које из њега произилазе, у секундарном праву ЕУ.

2. ПРОМЕНЕ ФОРМУЛАЦИЈЕ У ОСНИВАЧКИМ УГОВОРИМА И ЊЕН РАЗВОЈ

Начин на који је основна одредба о начелу лојалности стилизована у оснивачким уговорима мењао се веома мало током шест деценија важења оснивачких уговора ЕУ. Међутим, место те одредбе у оснивачким уговорима мењано је два пута. Тек приликом друге промене извршена је значајнија измена текста одредбе, и то у виду допуне. У Римском уговору (Уговор о оснивању Европске економске заједнице, из 1957. године – УоЕЕЗ) одредба је представљала члан 5, који је следио непосредно након члана у коме су биле набројане институције Европске економске заједнице (ЕЕЗ), а њихова надлежност одређена задацима који су им уговором поверени (начело поверених надлежности). Одредба је прописивала три врсте обавеза држава чланица: да „обезбеде извршење обавеза које произлазе из уговора или из делатности институција Заједнице", да „олакшају остварење мисије Заједнице" и да „се уздрже од предузимања било какве мере која би могла угрозити остварење циљева Заједнице".[5] У следећем, члану 6, могуће је препознати одређену узајамност обавеза: док су државе чланице преузеле обавезу да „блиско сарађују" са институцијама Заједнице у координацији њихових економских политика у мери неопходној за остварење циљева Уговора, институције Заједнице су дужне да не угрозе финансијску стабилност држава чланица.[6]

Ступањем на снагу Уговора о ЕУ (УоЕУ), који је закључен у Мастрихту 1992. године, одредба о лојалности остала је у Уговору о оснивању Економске заједнице (УоЕЗ), који је том приликом преименован УоЕЕЗ, и тек је услед ренумерације по Уговору из Амстердама

надлежности, проблеме у надлежностима ЕУ и држава чланица након Лисабонског споразума.

[5] Уговор о оснивању Европске економске заједнице – УоЕЕЗ, 1957, чл. 5.

[6] УоЕЕЗ, чл. 6.

из 1997. године она премештена у члан 10 УоЕЗ.[7] Друга, битнија промена, која је подразумевала и промену садржине и обухвата посматране одредбе, произишла је из Уговора из Лисабона из 2007. године.[8] Прво, одредба је из УоЕЗ, преименованог у Уговор о функционисању ЕУ (УоФЕУ), премештена у УоЕУ.[9] Друго, одредба је постала трећи став члана у коме су први и други став обухватиле одредбе о изричитим надлежностима ЕУ – тј. начело да све надлежности које нису изричито поверене ЕУ остају државама чланицама, те о обавези ЕУ да поштује национални идентитет, „инхерентан у темељним структурама, политичким и уставним, држава чланица, као и њихове суштинске државне функције, територијални интегритет, бригу за националну безбедност", укључујући и гаранцију „да национална безбедност остаје искључива одговорност држава чланица".[10] Треће, на почетку одредбе додата је реченица којом су и Унија и државе чланице обавезане да помажу једне другима у извршавању задатака који проистичу из оснивачких уговора, „на основу начела искрене сарадње", које је, пре артикулације у Лисабонском уговору, формулисао у својој пракси Суд ЕУ.[11] Коначно, четврта промена коју је донео Лисабонски уговор састојала се у увођењу нове одредбе којом је дужност „искрене", односно „лојалне" сарадње уведена на хоризонталном нивоу, између институција ЕУ.[12] По Кламерту, то

[7] Разлог су, наравно, биле допуне унете у претходне чланове на основу Уговора из Мастрихта 1992. године, које су се односиле на координацију економских политика, фиксирање курсева ради увођења евра и оснивање Европске централне банке и Европске банке за обнову и развој. Уговор из Амстердама којим се мењају Уговор о Европској унији, уговори о оснивању европских заједница и одређени други повезани акти – Уговор из Амстердама, чл. 12.

[8] По Казоларију, промене одредбе о лојалности извршене Уговором из Лисабона имале су карактер кодификације дотадашње праксе Суда. Federico Casolari, „EU Loyalty After Lisbon: An Expectation Gap to Be Filled", *The EU After Lisbon: Amending or Coping with the Existing Treaties?* (eds. Lucia Serena Rossi, Federico Casolari), Springer, Heidelberg – New York 2014, 97.

[9] Уговор из Лисабона, којим се мењају Уговор о Европској унији и Уговор о оснивању Европске заједнице (2007/C 306/1) – Уговор из Лисабона, *Службени лист Европске уније*, C 306/1, 17. децембар 2007, чл. 1, тач. 5.

[10] Уговор из Лисабона, чл. 1, тач. 5.

[11] *Ibid.* Једино место на коме се још у оснивачким уговорима помиње појам искрене сарадње јесте одредба чл. 13 (2) УоЕУ, којом је дужност „узајамне искрене сарадње" прописана за институције Европске уније. Увођење те дужности у текст уговора извршено је такође Уговором из Лисабона. Уговор из Лисабона, чл. 1, тач. 5. Као и у случају многих других одредаба тог уговора, радило се о кодификацији начела претходно утврђеног у пракси Суда ЕУ. Marise Cremona, „EU Treaty-making: a test-case for mutual sincere cooperation?", *The EU as a global actor, bridging legal theory and practice, liber amicorum in honour of Ricardo Gosalbo Bono* (eds. Jeno Czuczai, Frederik Naert), Brill Nijhoff, Leiden – Boston 2017, 424–427.

[12] Уговор из Лисабона, чл. 1, тач. 14.

проширење које обухвата одредбе о лојалности није претходно било утврђено у пракси Суда.[13]

Међу наведеним променама садржине и места основне одредбе о начелу лојалности, упадљива је околност да је одредба премештена у темељнији и општији од два уговора, и то тако да следи одмах након вредности и циљева ЕУ. Реципроцитет између ЕУ и држава чланица у погледу обавеза које проистичу из начела лојалности и смештање читаве одредбе у исти члан заједно са начелом поверених надлежности ЕУ и њеном обавезом да поштује национални идентитет држава чланица указује на намеру уговорних страна да начелу лојалности дају улогу кључног уставног начела права ЕУ.

Осим описане основне одредбе о начелу лојалности, почевши од Уговора из Амстердама, у УоЕУ постоји једна одредба о лојалности – иницијално означена као одредба Ј.1(2), а ренумерисана као чл. 11. УоЕУ – која се односи само на област заједничке спољне и безбедносне политике (ЗСБП).[14] Слично основној одредби, и та одредба је садржала позитивну и негативну компоненту: обавезу држава чланица да „активно и безрезервно подржавају спољну и безбедносну политику Уније у духу лојалности и узајамне солидарности“ и да „сарађују у циљу развоја заједничке политичке солидарности“, те да се „уздрже од поступака који би били супротни интересима Уније или би били такви да могу умањити њену делотворност као кохезивне силе у међународним односима“.[15] Описана одредба постала је чл. 24(3) на основу Уговора из Лисабона, а том приликом је уз прву наведену обавезу додата и обавеза држава чланица да „поступају у складу деловањем Уније у тој области“ (тј. у области ЗСБП).[16]

3. РАЗВОЈ УСЛЕД ТУМАЧЕЊА СУДА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Суд се на одредбу оснивачких уговора из које се изводи постојање начела лојалности позивао као на основ за утврђивање низа битних обавеза држава чланица и институција ЕУ у веома разноврсним случајевима, чија исцрпна категоризација није могућа у оквирима рада нити је неопходна за испуњење његовог циља, тако да ће у овом делу бити издвојени само најупадљивији степени развоја начела лојалности у пракси Суда ЕУ. Одређене правилности, наравно, постоје, тако да је на пример Кламерт указао на цикличност у примени начела лојалности у пракси Суда, тврдећи да је оно „коришћено у већини раних темељних случајева од стране Суда ЕУ...

13 M. Klamert, 12.

14 Уговор из Амстердама, чл. 1, тач. 5.

15 Уговор из Амстердама, чл. 1, тач. 5.

16 Уговор из Лисабона, чл. 1, тач. 27(б).

да би било занемарено услед повећаног ослањања на начела као што су *effet utile* и делотворност... у скорије време, лојалност је враћена у центар пажње у области спољних послова“.[17] Околност да се Суд током деценија у великој мери позивао на начело лојалности Кламерт објашњава тврдњом да се радило о практично јединој одредби која је била погодна да послужи за „рационализацију“ развоја права ЕУ, који се састојао у све дубљој интеграцији.[18]

3.1. Двосмерност дужности између држава чланица и институција Европске уније и протезање лојалности на трећи стуб

Као што је већ описано, стилизација члана 5 УоЕЕЗ, односно члана 10 УоЕЗ, подразумевала је обавезу држава чланица према ЕУ (тадашњој Заједници), али не и обавезу органа Заједнице према државама чланицама. Међутим, обавезу у том другом смеру утврдио је Суд ЕУ у својој пракси, позивајући се на обавезу лојалности као на обавезу „искрене сарадње“.[19]

Након структурирања целокупног интегративног процеса у три стуба, које је извршено на основу Уговора из Мастрихта, Суд ЕУ је својим тумачењем разјаснио да се дужност „лојалне сарадње“ протезала и на трећи стуб – правосуђе и унутрашње послове – „који се у целини састојао од сарадње држава чланица и институција Уније“.[20]

3.2. Основ за предност права Европске уније

У пресуди којом је утемељено начело предности права ЕУ у односу на права држава чланица – *Costa v. Enel* из 1964. године, Суд је то начело засновао, прво, на квалитету „аутономије“ права ЕУ, али је непосредно након позивања на тај квалитет навео обавезу држава да се уздрже од предузимања свих мера које могу угрозити остварење циљева из оснивачког уговора – садржану у чл. 5(2) УоЕЕЗ – као логички предуслов за утврђивање поменутог начела.[21] Приметно је, дакле, да Суд није сматрао да је потребно да се позове на

---

[17] M. Klamert, 298.

[18] *Ibid*., 62. Улога начела лојалности у пракси Суда је током времена толико нарасла да су се јавили гласови у прилог ограничења његове примене – тако се Рос, на пример, залаже да Суд у сваком конкретном случају истакне који тачно интерес ЕУ захтева дужност лојалности. Timothy Roes, „Limits to Loyalty: the Relevance of Article 4(3) TEU“, *Cahiers de droit européen* 1/2016, 253–283.

[19] Тако, на пример, у случају у којем је службеницима Европске комисије наредио да сарађују са истражним органима Холандије тако што ће им ставити на увид одређене сопствене инспекцијске налазе, Суд ЕУ се позвао на обавезу органа Заједнице да „искрено сарађују“ са органима држава чланица. *Case* C–2/88 *Imm. Zwartveld* [1990] ECR I–3365, параграф 10.

[20] *Case* C–105/03 *Pupino* [2005] ECR I–5285, параграф 42.

[21] *Case* 6/64 *Costa v. ENEL* [1964] ECR, 594.

дужности које проистичу из начела лојалности када је годину дана раније утврдио начело непосредног дејства права ЕУ, у пресуди *van Gend & Loos*[22], иако је том приликом такође пошао од „аутономије" права ЕУ као основа. Кламерт указује на то да лојалност у пракси Суда која је уследила није даље била навођена као основ за предност права Заједнице.[23] За разлику од тога, квалитет „аутономије" права Заједнице, који су пресуде *Van Gend* и *Costa* крунисале као темељно начело права Заједнице, примењиван је од Суда у деценијама које су уследиле у многим кључним питањима у различитим областима права Заједнице, односно ЕУ.[24]

3.3. Основ за прећутну надлежност Европске уније у спољним односима и одређене дужности држава у погледу мешовитих споразума

Одредба оснивачког уговора из које се изводи начело лојалности послужила је као основ за још једну од пресуда које су утемељиле уставност ЕУ – пресуду познату под називом *AETR* или *ERTA* (зависно од тога да ли се одређена скраћеница узима из француског или енглеског језика) из 1970. године[25], којом је утемељено правило о постојању тзв. прећутних искључивих надлежности Заједнице у области спољних послова. Суд је из околности да је међу циљевима заједнице изричито наведено усвајање заједничке политике у области транспорта и дужности држава чланица да се уздрже од свих мера којима се угрожава постизање циљева оснивачког уговора извео закључак да „у мери у којој се правила Заједнице доносе ради остварења циљева оснивачког уговора, државе не могу, изван институција Заједнице, преузимати обавезе које би имале утицај на та правила, или мењала њихов обухват".[26]

---

[22] *Case* 26/62 *N.V. Algemene Transport– en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR, 2.

[23] M. Klamert, 72.

[24] Вид. Maja Lukic, „The Security Council's Targeted Sanctions in the Light of Recent Developments Occurring in the EU Context", *Economic Sanctions* (ed. Michael P. Malloy), II, Edward Elgar Publishing, 2015; Маја Лукић, „Ауторитет Суда ЕУ испред правне сигурности – пресуда *MOX*", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2013, 223–248; Маја Лукић, „Да ли је Европско право аутономно, самосвојно, унутар или изван међународног – шта крију кључне пресуде Европског суда правде?", *Хармонизација домаћег законодавства са правом Европске уније 2* (ур. Душко Димитријевић, Брано Миљуш), Институт за међународну политику и привреду у Београду – *Hanns Seidel Stiftung*, Београд 2012,145–154.

[25] *Case* 22/70 *Commission v. Council (ERTA)* [1971] ECR 263.

[26] *Case* 22/70 *Commission v Council (ERTA)* [1971] ECR 263, параграф 22; Кламерт истиче да се ради о јединој утицајној пресуди у којој је Суд утврдио обавезујуће правило за државе-чланице само на основу циља утврђеног у оснивачком уговору у

Изузетно важан аспект спољних односа ЕУ чине мешовити споразуми, које са трећим државама закључују заједно ЕУ и државе чланице. Одредба из које се изводи начело лојалности послужила је Суду као основ за низ дужности држава чланица у вези са таквим споразумима. Практично најпознатија пресуда Суда у тој области јесте пресуда у случају *Mox*, будући да је њоме Суд утврдио, осим дужности држава чланица да обавесте и саветују се са институцијама Заједнице пре него што започну поступак решавања спорова по одређеном мешовитом споразум[27], и бројна друга важна правила комунитарног права.[28] Кламерт је истакао чињеницу да се Суд водио потребом да ЕУ буде јединствено представљена у спољним односима, као и да, по тумачењу Суда, одредба УЕУ из које се изводи начело лојалности представља основ за низ дужности држава чланица, првенствено дужност сарадње међу собом и са органима Уније.[29] Поједини аутори критикују ширину примене начела лојалности у спољним односима ЕУ од Суда, тврдећи да дужност држава чланица да се у многим ситуацијама уздрже од поступања у корист ЕУ води и ЕУ и државе чланице у неактивност у спољним односима.[30] Та критика се чини неоправданом, будући да би супротан случај – неусклађено поступање институција ЕУ и држава чланица у тој области, значио исто што и негирање природе ЕУ и њених циљева.

3.4. Основ за начела делотворности и еквиваленције, имовинску одговорност држава и дужност обезбеђивања права на делотворну судску заштиту

У пресуди донетој у случају *Rewe* 1975. године Суд је утврдио дужност држава чланица да обезбеде правну заштиту која произилази из непосредног дејства права Заједнице, под процесним условима које саме државе чланице одреде, али под условом да они не буду мање повољни од сличних поступака по домаћем праву.[31] Као основ те дужности Суд је изричито навео „начело сарадње“. Радило се, дакле, о неопходној процесној допуни начела непосредног дејства и предности права ЕУ.

садејству са дужношћу заснованом на одредби оснивачког уговора из које се изводи начело лојалности. M. Klamert, 291.

[27] *Case* C–459/03 *MOX Plant* [2006] ECR I–4635, параграф 179.

[28] Првенство ЕУ у односу на државе чланице у међународном уговорном праву, искључива надлежност Суда ЕУ за спорове поводом оснивачких уговора и сврху поменуте искључиве надлежности Суда ЕУ да служи као гарант аутономије права Уније. Вид. више М. Лукић (2013), 223–248.

[29] M. Klamert, 190–192.

[30] Andrés Delgado Casteleira, Joris Larik, „The Duty to Remain Silent: Limitless Loyalty in EU External Relations?“, *European Law Review* 36/2011, 524–541.

[31] *Case* 33/76 *Rewe* [1976] ECR 1989, параграф 5.

Без обзира на то што је одредба из које се начело лојалности изводи послужила као основ за утврђивање постојања начела делотворности права ЕУ, Суд је две деценије касније начело делотворности и начело лојалности искористио заједнички као основ за утврђивање правила о имовинској одговорности држава за повреде права ЕУ.[32]

Начела делотворности и еквиваленције заједно са одредбом о лојалности – тада чланом 10 УоЕЗ – послужила су Суду да утврди и дејство права на делотворну судску заштиту које уживају грађани ЕУ: у пресуди у случају *Unibet* из 2007. Суд је утврдио дужност држава чланица „да обезбеде делотворну судску заштиту права која појединци имају по праву Заједнице", што подразумева обавезу да „тумаче своја процесна правила ради постизања тих циљева", под условима поштовања начела делотворности и еквиваленције.[33]

Нефрами сматра да су делотворност и делотворна судска заштита начела помоћу којих се у пракси решава сукоб између начела лојалности и поверених овлашћења ЕУ[34], док се сама „делотворност може сматрати опипљивом страном дужности лојалности... путем које лојалност постаје правни основ како за процесне обавезе, тако и за материјалноправна начела".[35]

3.5. Друга битна дејства начела лојалности

Као што је напоменуто, Суд се на одредбу из које се изводи начело лојалности позивао у многим и разноврсним случајевима. За неке од тих случајева Кламерт предлаже посебну категорију, која би била одређена околношћу да начело лојалности „појачава" дејство права ЕУ у ситуацијама у којима оно не би важило. Једна од таквих ситуација је пресуда у случају *Matteuci*, у коме је Суд права лица која студирају у другој држави, утврђена билатералним споразумом између Белгије и Немачке у области културе, дакле у области изван надлежности органа Заједнице, а на основу начела једнаког третмана и чл. 5 УоЕЕЗ и на основу забране дискриминације из одређене

---

[32] У пресуди у случају *Francovich* лојалност је наведена као секундарни основ, док је у пресуди у случају *Brasserie du Pêcheur* наведена напоредо са начелом делотворности. *Joined cases* C–6/90 *and* C-9/90 *Francovich* [1991] ECR I–5357, параграфи 33–36, *Joined cases* C–46/93 *and* C–48/93 *Brasserie du Pêcheur* [1996] ECR I–1029, параграф 39.

[33] *Case* C–432/05 *Unibet* [2007] ECR I–2271, параграфи 38, 44, 47 и 65.

[34] Eleftheria Neframi, „Principe de coopération loyale et principe d'attribution dans le cadre de la mise en oeuvre du droit de l'Union", *Cahiers de Droit Européen* 1/2016, 221.

[35] Eleftheria Neframi, „The duty of loyalty: rethinking its scope through its application in the field of external relations", *Common Market Law Review* 47(2)/2010, 323.

уредбе о слободном кретању радника у оквиру Заједнице[36], проширио на држављане свих других држава чланица.[37] Кламерт сматра да је у том случају лојалност заменила начело првенства комунитарног права будући да се радило о области за коју Заједница није била надлежна, а утврђивање обавезе за Немачку и Белгију било је могуће само због постојања конкретне забране дискриминације у поменутој уредби, док оно не би било могуће само на основу опште забране дискриминације садржане у оснивачким уговорима.[38] Истицање значаја начела лојалности у описаном случају чини се претераним, управо када се има у виду позивање Суда на секундарно право Заједнице. Мислимо да је у конкретном случају начело једнаког поступања било првенствени основ за диспозитив пресуде, док је одредба чл. 5 УоЕЕЗ имала помоћну улогу. У супротном, та одредба би могла да узрокује практично неограничено ширење обухвата секундарног права ЕУ. Такође, ни тврдња да је поменуто дејство било могуће само због постојања конкретне уредбе не чини се одрживом, управо имајући у виду пресуду Суда у случају *Hurd*[39], коју исти аутор истиче у сличном контексту, а у којој је одредба чл. 5 УоЕЕЗ примењена самостално.

У случају *Hurd* Суд је оценио да је пракса пореских органа Уједињеног Краљевства да опорезује додатак на плату који се из буџета Заједнице исплаћивао учитељима у школама Заједнице за децу званичника Заједнице супротна чл. 5 УоЕЕЗ будући да се њоме стварало додатно оптерећење за буџет Заједнице, па самим тим и утицало на финансирање Заједнице, јер је Заједница била дужна да учитељима накнади и сваки порез коме буду изложени у вези са поменутим додатком на плату.[40] Чини се да Кламертова паралела са случајем *Matteucci*[41] – да је у том случају „лојалност била јача од недостатка надлежности Заједнице у датој области“, а да је „у случају *Hurd* [лојалност, прим. М. Л. Р.] надјачала чињеницу су уговори регулисали институцију [школу за децу европских званичника, прим. М. Л. Р.] изван оквира Уније“[42] – није најпрецизнија, будући да у случају *Hurd* предмет испитивања Суда нису биле обавезе по поменутим уговорима већ пракса пореских органа Уједињеног Краљевства.[43]

[36] Regulation (EEC) No 1612/68 of the Council of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community, *Official Journal* L 257, 19/10/1968 P. 0002–0012

[37] *Case* 235/87 *Matteucci* [1988] ECR 5589.

[38] M. Klamert, 285–286.

[39] *Case* 44/84 *Hurd* [1986] ECR 29.

[40] *Case* 44/84 *Hurd* [1986] ECR 29.

[41] *Case* 235/87 *Matteucci* [1988] ECR 5589.

[42] M. Klamert, 289.

[43] *Case* 44/84 *Hurd* [1986] ECR 29.

„Појачавање" дејства права ЕУ у области права заштите конкуренције, према Кламертовом мишљењу, на основу начела лојалности, значило је „промену обухвата одредби оснивачких уговора"[44] у пресуди у којој је утврђена дужност држава чланица да не смеју доносити мере, „чак ни законодавне природе", које могу лишити дејства правила Заједнице о заштити конкуренције.[45] Чини се да Кламертово тумачење, према коме је у цитираној пресуди Суд проширио дејство чланова УоФЕУ о заштити конкуренције са приватних субјеката на државе чланице, преувеличано у погледу значаја позивања на начело лојалности, будући да се у конкретном случају једноставно радило о природном и неопходном усаглашавању правних система Заједнице и државе чланице.

Дужност уздржавања од мера које могу угрозити остварење циљева ЕУ послужила је као основ Суду да утврди обавезе које државе чланице имају у периоду када је директива донета, али период за њену транспозицију још није истекао. Пример такве праксе је пресуда у случају *Inter-Environnement Wallonie*[46], у којој је Суд утврдио да државе чланице до истека рока за транспозицију директиве, као и у прелазном периоду, не смеју предузимати „ништа што може озбиљно компромитовати исход прописан односном директивом".[47]

4. НАЧЕЛО ИЛИ ПРОСТ СКУП ДУЖНОСТИ?

У току шездесетих, седамдесетих и осамдесетих година прошлог века, приликом позивања на одредбу оснивачких уговора из које се изводи начело лојалности као на основ за успостављање предности комунитарног права и прећутних искључивих надлежности права Заједнице, Суд ЕУ се по правилу није позивао на „начело лојалности" већ само на одговарајућу одредбу оснивачког уговора. Ни у новијој пракси Суда описани приступ није промењен, тако да се првенствено помиње дужност (лојалне, односно искрене, верне) сарадње, као и дужности засноване на чл. 4(3) УоЕУ.[48] Однос према садржини предметне одредбе оснивачких уговора као према начелу, ипак, није непознат у пракси Суда, само је далеко ређе заступљен:

[44] M. Klamert, 277.

[45] *Case* C–332/89 *Marchandise* [1991] ECR I–1027, параграф 22.

[46] *Case* C–316/04 *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie* [2005] ECR I–9759.

[47] *Case* C–316/04 *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie* [2005] ECR I–9759, параграфи 41–42.

[48] Слично је већ приметио Кламерт, нашавши да је Суд веома ретко наводио да је реч о „начелу" већ је по правилу артикулисао конкретне дужности држава које произилазе из односног члана оснивачког уговора. M. Klamert, 245.

још 1976. године у пресуди у случају *Rewe*, о којој је већ било речи, говори се о „начелу сарадње“.[49]

У стручној литератури о одредби оснивачких уговора у којој је садржано начело лојалности – чл. 4(3) УоЕУ – разноврсне дужности за које је у пракси Суда утврђено да проистичу из те одредбе категоризоване су, како је то сумирао Кламерт, упућујући на дела Кала (*Kahl*), Фон Богдандија и Шила (*von Bogdandy*, *Schill*), Бланкеа (*Blanquet*) и Ленертса и Ван Нуфела (*Lenaerts*, *van Nuffel*), по правилу према субјекту којег оптерећују и према садржини – да ли се састоје у обавези чињења или нечињења.[50]

До Лисабонског уговора у стручним коментарима се по правилу среће мишљење да је начело лојалности један од израза начела *bona fides* које важи у међународном уговорном праву. Општа поставка Хатјеа, на пример, подразумева да иако лојалност има основ у доброј вери међународног уговорног права, њен циљ је да обезбеди јединство у оквиру ЕУ, тако што истовремено служи као основ за аутономију држава чланица и органа ЕУ, али и за њихову дужност међусобне сарадње.[51]

Казолари сматра да је, почевши од Лисабонског уговора, несумњиво да је лојалност опште начело правног система ЕУ, и то у рангу уставних (конститутивних) начела.[52] За Кламерта је то „*sui generis* системско начело права Уније, ког више карактеришу посебности него сличности са другим начелима“.[53]

У ситуацији у којој појам који би обухватио различите дужности садржане у чл. 4(3) УоЕУ и засноване на њему не постоји ни у оснивачким уговорима ни у пракси Суда природно је поставити питање исправности конструкције начела лојалности као таквог. Потребу за одговором на то питање посебно појачавају ставови, као што је цитирани Кламертов, да је реч о *sui generis* начелу, будући да, са становишта логике, свака *sui generis* врста у одређеној категорији прво доводи у сумњу припадност датој категорији. Одговор на то питање може се тражити и на терминолошком и на материјалном плану. Терминолошки, својство начела може се бранити тврдњом да је Суд користио појам „лојална сарадња“ и тај појам квалификовао

49 *Case* 33/76 *Rewe* [1976] ECR 1989, параграф 5.

50 M. Klamert, 4. О Бланкеовој категоризацији видети фн. 1.

51 Armin Hatje, *Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union*, Nomos, Baden Baden 2001.

52 F. Casolari, 100.

53 M. Klamert, 299. Фартунова указује на блиску везу лојалности са начелом узајамног признања држава чланица. Maria Fartunova, „La coopération loyale vue sous le prisme de la reconnaissance mutuelle: quelques réflexions sur le fondements de la construction européene“, *Cahiers de droit européen* 52(1)/2016, 193–219.

као „начело“, што је кодификовано Уговором из Лисабона. Израз начело лојалне сарадње може се објаснити терминолошким приступом *pars pro toto* – када се по делу назива целина, што би значило да је по дужности сарадње назван читав скуп дужности које су прописане чланом 4(3) УоЕУ, односно засноване на тој одредби. На материјалном плану, важно је имати у виду да је предметни скуп дужности од првог дана постојања ЕЕЗ до данас прописан једном одредбом, која је у току развоја оснивачких уговора добила кључно место, и да се током времена тај скуп дужности развијао захваљујући тумачењу Суда, при чему је његов развој био кључан за битне кораке у развоју права ЕУ.

Коначно, по значају за развој права ЕУ, као и по околности да дуго није било изричито формулисано у оснивачким уговорима, начело лојалности требало би упоредити са начелом аутономије права ЕУ. Оба начела послужила су као основ да Суд током дужег временског периода прошири поље важења права ЕУ и надлежност институција ЕУ. Такође, оба начела се налазе на самој граници права ЕУ према политичкој сфери уставности. Коначно, у случају оба начела за сада, и у пракси Суда и у стручној литератури, остаје нема одговора на питање које произилази из основне садржине израза којима су означена: у случају аутономије права ЕУ – аутономије у односу на шта, у случају лојалности – лојалности коме? У случају лојалности, чини се да је управо правно-политичка осетљивост тог питања мотив да и Суд и творци Уговора из Лисабона означавају начело лојалности помоћу само једне његове компоненте – лојалне сарадње.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Blanquet, M., *L'article 5 du traité C. E. E.: recherche sur les obligations de fidelité des États membres de la Communauté*, thèse de doctorat en Droit public sous la direction de Guy Isaac, soutenue en 1992 à Toulouse 1, Résumé, *http://www.theses.fr/1992TOU10033*, 25. јун 2018.

Casolari, F., „EU Loyalty After Lisbon: An Expectation Gap to Be Filled“, *The EU After Lisbon: Amending or Coping with the Existing Treaties?* (eds. L. S. Rossi, F. Casolari), Springer, Heidelberg – New York 2014.

Cremona, M., „EU Treaty-making: a test-case for mutual sincere cooperation?“, *The EU as a global actor, bridging legal theory and practice, liber amicorum in honour of Ricardo Gosalbo Bono* (eds. J. Czuczai, F. Naert), Brill Nijhoff, Leiden – Boston 2017.

Delgado Casteleira, A., Larik, J., „The Duty to Remain Silent: Limitless Loyalty in EU External Relations?“, *European Law Review* 36/2011.

Fartunova, M., „La coopération loyale vue sous le prisme de la reconnaissance mutuelle: quelques réflexions sur le fondements de la construction européene“, *Cahiers de droit européen* 52(1)/2016.

Hatje, A., *Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union*, Nomos, Baden Baden 2001.

Klamert, M., *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford University Press, Oxford 2014.

Лукић, М., „Да ли је Европско право аутономно, самосвојно, унутар или изван међународног – шта крију кључне пресуде Европског суда правде?“, *Хармонизација домаћег законодавства са правом Европске уније 2* (ур. Д. Димитријевић, Б. Миљуш), Институт за међународну политику и привреду у Београду – *Hanns Seidel Stiftung*, Београд 2012. (Lukić, M., „Da li je Evropsko pravo autonomno, samosvojno, unutar ili izvan međunarodnog – šta kriju ključne presude Evropskog suda pravde?“, *Harmonizacija domaćeg zakonodavstva sa pravom Evropske unije 2* (ur. D. Dimitrijević, B. Miljuš), Institut za međunarodnu politiku i privredu u Beogradu – *Hanns Seidel Stiftung*, Beograd 2012)

Лукић, М., „Ауторитет Суда ЕУ испред правне сигурности – пресуда *Mox*“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2013. (Lukić, M., „Autoritet Suda EU ispred pravne sigurnosti – presuda *Mox*“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2013)

Lukić, M., „The Security Council’s Targeted Sanctions in the Light of Recent Developments Occurring in the EU Context“, *Economic Sanctions* (ed. M. P. Malloy), II, Edward Elgar Publishing, 2015.

Neframi, E., „The duty of loyalty: rethinking its scope through its application in the field of external relations“, *Common Market Law Review* 47(2)/2010.

Neframi, E., „Principe de coopération loyale et principe d’attribution dans le cadre de la mise en oeuvre du droit de l’Union“, *Cahiers de Droit Européen* 1/2016.

Roes, T., „Limits to Loyalty: The Relevance of Article 4(3) TEU“, *Cahiers de droit européen* 1/2016.

Maja Lukić Radović, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

LOYALTY WITHIN THE EUROPEAN UNION – A LEGAL OR MERELY A POLITICAL DUTY

Summary

The provision of the founding treaties in which duty of loyal (sincere) cooperation of Member-States with Community institutions is stipulated, together with the correlating duty of abstention from measures that may jeopardize attainment of aims of the founding treaties, has been the subject of interpretation of the European Court of Justice since the Rome Treaty until present-day, having served as the grounds for numerous and material improvements and build ups of the Community legal system, which encompassed the principle of primacy of Community law, implied exclusive competence of the Community in external relations, the principle of effectiveness of Community law, etc. It appears that only case law of the ECJ in the future may provide answer to the question whether there is a single principle of loyalty, or simply a bundle of related duties. If one accepts that it exists, the principle of loyalty seems most closely related to the principle of autonomy of EU law, both judging by its importance for the development of the legal system of the EU, and by the fact that it directly borders the political sphere.

Key words: *The principle of loyalty. – The duty of loyal cooperation. – General principles of EU law. – Autonomy of EU law.*

Article history:
Received: 29. 6. 2018.
Accepted: 10. 9. 2018.

УДК 336.226.112.1(497.11)

CERIF: S141, S148

Др Светислав В. Костић*

НЕПОШТОВАЊЕ УСТАВНОСТИ У ОБЛАСТИ ОПОРЕЗИВАЊА ЗАРАДА У СРБИЈИ**

Овај рад се бави проблемима који произлазе из непоштовања концепта бруто зараде приликом прописивања олакшица послодавцима на терену пореза на зараде и доприноса за обавезно социјално осигурање у Србији. Ауторова истраживања показују да су такве мере проузроковане широко распрострањеним веровањем да превисоке стопе пореза и доприноса на зараде у Србији кључно доприносе проблему хроничне незапослености, при чему се старао да аргументовано развргне ту „илузију“. У раду се показује да је склоност српског законодавца, уочена пре више од једне деценије, да пружа олакшице послодавцима на терет зараде која припада запосленом у супротности не само са захтевом за постојањем јединственог правног система Србије већ води и кршењу већег броја права изричито загарантованих Уставом Србије (право на имовину, право на социјално обезбеђење, право на правичну накнаду) и одредбе члана 1 Протокола 1 уз Конвенцију о људским правима и основним слободама.

Кључне речи: *Зарада. – Порез на зараде. – Доприноси за обавезно социјално осигурање. – Фискално оптерећење. – Устав.*

1. УВОД

Разумевање изазова опорезивања прихода од рада у Србији подразумева способност да се непристрасно приступи критичкој анализи ставова који су умногоме попримили природу догме, односно да се свесно преузме улога јеретика. Наиме, у Србији је као готово

---

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *skostic@ius.bg.ac.rs*.

** Чланак је настао као резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду *Идентитетски преображај Србије* за 2018. годину.

опште место прихваћена начелна тврдња да је фискално оптерећење зарада превелико и да се у његовом смањењу крије решење високе незапослености, једног од највећих и најдуговечнијих проблема нашег друштва. Тешко је пронаћи српску владу, барем у последње три деценије, која није била заведена илузијом да мањи порез и доприноси за обавезно социјално осигурање (у даљем тексту: ДЗОСО) на зараде морају, сами по себи, за последицу да имају повећање запослености. Може да зачуди да је готово исто тако тешко пронаћи случајеве када је такво одрицање државе од својих фискалних прихода постизало жељени циљ или је барем успевало да донекле оправда огромне трошкове који су из таквих мера произилазили. Међутим, проблем непромишљене или недоречене фискалне политике у опорезивању зарада у Србији, засноване на неутемељеном веровању које је услед сталног понављања у јавности прихваћено као истина, успео је да се прошири и у област права и да почне да подрива основне уставне принципе на којима наше друштво почива. Не само да пракса српских пореских органа често указује на то да они заборављају да је запослени – физичко лице, обвезник пореза на зараде и припадајућих ДЗОСО[1], већ све више сам законодавац превиђа чињеницу да се ти јавни приходи примарно прикупљају не од послодаваца, него од радника, с тим што обавезу плаћања ДЗОСО деле запослени и послодавац. Србија је једна од ретких европских земаља у којима становништво, чије зараде чине више од три четвртине свих облика дохотка[2], нема изграђену свест о томе да управо оно одрицањем од *својих* зарада финансира *своју* државу, при чему се све чини како би такво стање опстало. У децембру 2017. године Народна скупштина је изгласала измене и допуне Закона о порезу на доходак грађана[3] и Закона о ДЗОСО[4], за које можемо рећи да садрже примере врхунца немара у једној већ веома запостављеној области и да воде недвосмисленом кршењу основних уставних принципа. Међутим, осим детаљног образложења тако оштрог правног става, у овом раду ћемо покушати да одгонетнемо зашто је увођење неуставних норми у српски систем опорезивања зарада до сада пролазило готово незапажено. Како је значајним делом такво стање узроковано и дугогодишњим изостанком било какве стручне расправе о правним аспектима подстицаја у области опорезивања зарада и ДЗОСО

---

[1] Светислав Костић, „Порески третман прихода које остваре упућени запослени по основу свог рада који обављају на територији Републике Србије“, *Право и привреда* 9–12/2008, 121–125.

[2] Милојко Арсић, Саша Ранђеловић, *Економија опорезивања – теорија и политика*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 94.

[3] Закон о изменама и допунама Закона о порезу на доходак грађана, *Службени гласник РС*, бр. 113/17.

[4] Закон о изменама и допунама Закона о ДЗОСО, *Службени гласник РС*, бр. 113/17.

чији је циљ смањење незапослености, овај рад представља покушај да правна наука почне да узима реч која јој припада.

2. ОСНОВЕ ОПОРЕЗИВАЊА ЗАРАДА У СРБИЈИ

У српском пореском праву зараде су подвргнуте посебном пореском облику, порезу на зараде[5], чија је стопа 10%.[6] Та пореска стопа се примењује на основицу коју чини бруто зарада запосленог[7], умањена за јединствени неопорезиви део на који у истом износу имају право сви запослени.[8] На зараде се плаћају и ДЗОСО (доприноси за обавезно пензијско и инвалидско осигурање, здравствено осигурање и осигурање за случај незапослености)[9], с тим што у њиховом случају обавезу плаћања деле запослени и послодавац. Наиме, запослени је дужан да се одрекне 19,9% своје укупне бруто зараде на име ДЗОСО (основицу за ДЗОСО чини пуна бруто зарада без умањења за неопорезиви део који се примењује само за потребе обрачуна пореза на зараде).[10] Порез на зараде и ДЗОСО обрачунава и уплаћује послодавац у име и за рачун запосленог, при чему умањује његову бруто зараду.[11] Другим речима, послодавац као порески платац у име и за рачун обвезника, према изричитом законском овлашћењу, уплаћује држави одговарајући део обвезникове бруто зараде на име пореза на зараде и ДЗОСО. Послодавац има и обавезу да сам сноси терет ДЗОСО у висини од 17,9% бруто зараде запосленог.[12] У том случају ДЗОСО се не плаћају умањењем бруто

[5] У случају да укупан доходак обвезника пређе законом прописани праг, зараде ће, као део његовог укупног дохотка, бити подвргнуте и годишњем порезу на доходак грађана. Међутим, узимајући у обзир чињеницу да тај порез у Србији плаћа мање од 1% обвезника, односно да његова примена не утиче на закључке наше расправе, у раду је изостављено објашњење тог пореског облика.

[6] Закон о порезу на доходак грађана – ЗПДГ, *Службени гласник РС*, бр. 24/01, 80/02, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06, 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11, 93/12, 114/12, 47/13, 48/13, 108/13, 57/14, 68/14, 112/15, 113/17, чл. 16.

[7] Према чл. 13, ст. 1 ЗПДГ, под зарадом у смислу тог закона сматра се зарада која се остварује по основу радног односа, дефинисана законом којим се уређују радни односи и друга примања запосленог. У чл. 105, ст. 2 Закона о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17, 113/17, прописује се да се под појмом зараде сматра зарада која садржи порез и доприносе који се плаћају из зараде.

[8] ЗПДГ, чл. 15а, ст. 2.

[9] Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање – ЗДЗОСО, *Службени гласник РС*, бр. 84/04, 61/05, 62/06, 5/09, 52/11, 101/11, 47/13, 108/13, 57/14, 68/14, 112/15, 113/17, чл. 2.

[10] ЗДОСО, чл. 13, ст. 2 и чл. 44, ст. 2.

[11] ЗДОСО, чл. 51, ст. 1 и ЗПДГ чл. 99, ст. 1 и чл. 101.

[12] ЗДОСО, чл. 44, ст. 2.

зараде запосленог већ падају искључиво на терет послодавца (стога и њихов назив доприноси на основицу, за разлику од доприноса из основице), који их плаћа у своје име, али за рачун запосленог.[13]

Код ДЗОСО треба водити рачуна и о најнижој, односно највишој основици доприноса. Ако је бруто зарада запосленог мања од 35% просечне зараде у Србији, ДЗОСО се неће обрачунавати на његову стварну бруто зараду већ на најнижу основицу која износи управо 35% просечне зараде у Србији.[14] С друге стране, ДЗОСО се обрачунавају само до највише основице доприноса коју чини петоструки износ просечне зараде у Србији.[15] Уколико је обвезникова зарада већа од петоструке просечне зараде у Србији, ДЗОСО се обрачунавају само на онај део његове зараде који одговара највећој основици доприноса.

Мада на први поглед може деловати сложено, опорезивање зарада у Србији је у основи постављено на логички доследним темељима. Целокупна уговорена бруто зарада припада запосленом, а послодавцу је, првенствено како би се омогућила једноставнија контрола уредне наплате пореза[16], наметнута обавеза да приликом исплате зараде у име и за рачун запосленог обрачуна и плати порез на зараде и ДЗОСО, с тим што један део ДЗОСО послодавци плаћају у своје име а за рачун запосленог (ДЗОСО који се плаћају на основицу).

Имајући у виду основне постулате опорезивања зарада у Србији, можемо да закључимо да би последица смањења фискалног оптерећења зарада, осим у делу који се тиче ДЗОСО који се плаћају на основицу, морала да буде увећање *нето* зарада запослених, док би трошак послодаваца требало да остане непромењен.[17] Стога би се позитиван ефекат смањења фискалног оптерећења зарада видео не кроз смањење трошкова послодаваца већ кроз увећање расположивог дохотка запослених. Наравно, код оних послодаваца који су са својим запосленима уговарали нето зараде[18] њихови трошкови би се

[13] ЗДОСО, чл. 6, ст. 1, тач. 24 и 25.

[14] ЗДОСО, чл. 36, ст. 1 и 2 и чл. 37, ст. 1.

[15] ЗДОСО, чл. 41 и 42.

[16] Послодаваца има знатно мање него запослених па се на тај начин сужава број субјеката који могу бити предмет контроле.

[17] У прилог таквог закључка говоре и препоруке Међународног монетарног фонда усмерене на унапређење српског тржишта рада у којима се предлаже и смањење доприноса који се плаћају на основицу (дакле на терет послодавца) како би се смањили укупни трошкови радне снаге у Србији и тиме повећала тражња за радом. Вид. IMF, *Country Report Serbia No. 13/207, 2013 Article IV Consultation, Selected Issue Paper*, Washington D.C. 2013, 25, *https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2013/ cr13207.pdf*, 17. август 2018.

[18] Под условом да се уговарање нето зараде може сматрати у сагласју за одредбама Закона о раду.

смањили док би нето зарада запосленог остала непромењена, уз пад вредности њеног бруто износа. Већ у првом кораку на опрез нас позива чињеница да су готово сва фискална растерећења зарада у Србији вршена са примарним циљем да се послодавцима смање трошкови, а не да се запосленима обезбеди већи расположиви доходак.

Овакав закључак је могуће извести уколико се осврнемо на образложења предлога мера које су водиле смањењу фискалног оптерећења зарада у Србији:[19]

Образложења измена и допуна ЗПДГ		
2014.	2015.	2017.
„Разлози за доношење овог закона садржани су у потреби да се, у циљу обезбеђивања услова за спровођење свеобухватне реформе пословног окружења, **<u>створе околности за прилив инвестиција, запошљавање и привредни раст и омогуће повољнији услови привређивања растерећењем привредних субјеката</u>.** С тим у вези, предложена је нова пореска олакшица приликом запошљавања радника која има за циљ отклањање сиве зоне у области запошљавања и њено превођење у легалне токове. Овом мером наставља се континуитет у подстицању легалног запошљавања и самим тим побољшања положаја лица која су незапослена, односно која раде али нису пријављена на обавезно социјално осигурање.	„Разлози за доношење овог закона садржани су у потреби да се, у циљу обезбеђивања услова за спровођење свеобухватне реформе пословног окружења, **<u>створе околности за прилив инвестиција, запошљавање и привредни раст и омогуће повољнији услови привређивања растерећењем привредних субјеката</u>**. С тим у вези, предложена је нова пореска олакшица приликом запошљавања радника која има за циљ отклањање сиве зоне у области запошљавања и њено превођење у легалне токове. Овом мером наставља се континуитет у подстицању легалног запошљавања и самим тим побољшања положаја лица која су незапослена, односно која раде али нису пријављена на обавезно социјално осигурање.	„Разлози за доношење овог закона садржани су у потреби да се, у циљу обезбеђивања услова за спровођење свеобухватне реформе пословног окружења, **<u>створе околности за прилив инвестиција, запошљавање и привредни раст и омогуће повољнији услови привређивања растерећењем привредних субјеката</u>**. С тим у вези, предложено је продужење постојећих пореских олакшица за запошљавање нових лица које истичу 31. децембра 2017. године, као и нова пореска олакшица приликом запошљавања младих када започну сопствени посао... Овим мерама наставља се континуитет у подстицању легалног запошљавања и самим тим побољшања положаја лица која су незапослена, односно која раде али нису

[19] Готово истоветна образложења присутна су, *mutatis mutandis*, и код предлога Закона о изменама и допунама ЗДЗОСО. Вид. Образложење предлога Закона о изменама и допунама ЗДЗОСО који је Влада Србије поднела Народној скупштини 20. маја 2014. године, 3, *http://www.parlament.gov.rs/upload/archive /files/cir/pdf/predlozi_zakona/1620–14.pdf*, 17. август 2018; Образложење предлога Закона о изменама и допунама ЗДЗОСО који је Влада Србије поднела Народној скупштини 17. децембра 2015. године, 4, *http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/3437–15.pdf*, 17. август 2018; Образложење предлога Закона о изменама и допунама ЗДЗОСО који је Влада Србије поднела Народној скупштини 2. децембра 2017. године, 6, *http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_ zakona/3787–17.pdf*, 17. август 2018.

Ова мера представља наставак мера реформе пословног окружења које имају за циљ смањење ризика и трошкова пословања у Републици Србији.“[20]	**Ова мера представља наставак мера реформе пословног окружења које имају за циљ смањење ризика и трошкова пословања у Републици Србији**.“[21]	пријављена на обавезно социјално осигурање, с тим да новопредложена мера има за циљ да се подстакне предузетништво и кроз пореско ослобођење да се елиминише једна од кључних препрека за започињање и вођење пословања... **Ова мера представља наставак мера реформе пословног окружења које имају за циљ смањење ризика и трошкова пословања у Републици Србији.**“[22]

Цитирани делови образложења предлога измена и допуна ЗПДГ и ЗДЗОСО сведоче о томе да је постојао други циљ који се њима желео постићи. Наиме, смањивањем пореског оптерећења пружао се подстицај „легалном запошљавању и самим тим побољшању положаја лица која су незапослена, односно која раде али нису пријављена на обавезно социјално осигурање“. Другим речима, држава Србија се одрицала својих пореских прихода од пореза на зараде и ДЗОСО како би смањила трошкове послодаваца које они имају према запосленима (стварање повољнијих услова привређивања растерећењем привредних субјеката), при чему је истовремено на незаконито поступање послодаваца који не пријављују своје раднике одговарала смањивањем фискалног оптерећења зарада, у нади да ће се послодавци приволети на законито поступање уколико оптерећење буде довољно ниско (поново фискално растерећење зарада у корист послодавца, а не са циљем повећања расположивог дохотка радника). Осим опаске да ће други српски порески обвезници морати да надоместе тако благонаклон приступ према послодавцима, морамо се запитати и какав је смисао тих мера уколико приметимо да истраживања показују да је међу домаћим привредницима изражено

[20] Образложење предлога Закона о изменама и допунама ЗПДГ који је Влада Србије поднела Народној скупштини 20. маја 2014. године, 3, *http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/1612–14.pdf*, 17. август 2018.

[21] Образложење предлога Закона о изменама и допунама ЗПДГ који је Влада Србије поднела Народној скупштини 17. децембра 2015. године, 16, *http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/3446–15.pdf*, 17. август 2018.

[22] Образложење предлога Закона о изменама и допунама ЗПДГ који је Влада Србије поднела Народној скупштини 2. децембра 2017. године, 16, *http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/3784–17.pdf*, 17. август 2018.

непостојање страха да ће бити ухваћени ако запошљавају раднике „на црно“, односно да ће и у случају да буду ухваћени сносити било какве последице.[23]

3. ИЛУЗИЈА ВИСОКОГ ФИСКАЛНОГ ОПТЕРЕЋЕЊА ЗАРАДА

Када је у питању *мантра* да у Србији постоји високо фискално оптерећење зарада, не можемо се отети утиску да је лепота у оку посматрача. Арсић и Ранђеловић наводе да је фискално оптерећења просечних зарада у Србији у 2016. години (мерено као % укупног трошка послодавца) приближно, односно нешто мање од просека држава централне и источне Европе.[24] Фискални савет Републике Србије у свом извештају *Фискална кретања у 2017. години и препоруке за 2018. годину* од 29. септембра 2017. године[25] пружа детаљније податке. Наиме, Фискални савет Републике Србије наводи: „Супротно мишљењима која се могу чути у широј јавности – о томе да су пореске стопе у Србији непримерено високе – у Табели 13 можемо видети да су основни порези у Србији усклађени с трендовима у региону. Штавише, према висини стопа пореза и доприноса на зараде, пореза на додату вредност и пореза на добит, Србија је у групи земаља с најмањим оптерећењем. Фискални савет је у претходних неколико година, у више извештаја, указивао на чињеницу да су проблеми у јавним финансијама Србије настали услед превисоких јавних расхода, а да се основни изазов на страни јавних прихода налази у њиховом прикупљању (изражена сива економија), а не у висини пореских стопа.“[26]

Готово сви стручни извори указују на то да су у српском систему опорезивања зарада оне најниже подвргнуте несразмерно високом пореском оптерећењу[27], док Европска комисија 2011. године чак иде тако далеко да цео систем оцењује као регресиван и дубоко

[23] Gordana Krstić, Branko Radulović, „Shadow Economy in the Business and Enterpreneurial Sector“, *Formalizing the Shadow Economy in Serbia – Policy Measures and Growth Effects* (eds. Gorana Krstić, Friedrich Schneider), Springer Open, 2015, 87–89.

[24] М. Арсић, С. Ранђеловић, 85 и 95.

[25] *http://www.fiskalnisavet.rs/doc/ocene-i-misljenja/2017/Fiskalna%20kretanja%20u%202017.%20godini%20i%20preporuke%20za%202018.%20godinu.pdf*, 17. август 2018.

[26] Фискални савет Републике Србије, *Фискална кретања у 2017. години и препоруке за 2018. годину*, Београд 2017, 57.

[27] М. Арсић, С. Ранђеловић, 95; Фискални савет Републике Србије, 58–59; Gorana Krstić (ed.), *The Shadow Economy in Serbia – New Findings and Recommendations for Reform*, USAID Business Enabling Project, Belgrade 2013, 9.

неправичан (пореско оптерећење опада како зараде расту).[28] Зарада у висини једне половине просечне зараде у Србији подвргнута је фискалном оптерећењу које је веће од онога у Бугарској, (под одређеним условима) Мађарској, Македонији, Словенији, Хрватској и Чешкој, док је фискално оптерећење просечне зараде у Србији веће само од онога које срећемо у Бугарској и Македонији.[29] Управо тај податак нас наводи да посумњамо да у српском систему опорезивања зарада постоји дубока неправичност, односно да законодавац нема осећај за поштовање права запослених, појаву коју ћемо успети детаљно да прикажемо разматрањем подстицаја које Србија од 2006. пружа послодавцима на нивоу пореза на зараде и ДЗОСО, а која је своју кулминацију доживела крајем 2017. године.

4. ПОЧЕЦИ У 2006. ГОДИНИ И НАСТАВАК У 2014. И 2016. ГОДИНИ

Иако смо у нашој расправи до сада указали на то да се пореска политика, односно политика запошљавања, суочава са бројним изазовима и да је веома једноставно довести у питање општеприхваћено убеђење да смањивање фискалног оптерећења зарада садржи магично решење за проблем незапослености у нашем друштву, показало се да су њени творци веома подложни описаној илузији.

У јулу месецу 2006. године Народна скупштина је изгласала пакет мера са циљем да се смањи незапосленост. Тај циљ је требало постићи ублажавањем фискалног оптерећења зарада и увођењем посебних подстицаја за оне категорије становништва у којима је незапосленост била најраспрострањенија. Укупна вредност олакшица за послодавце процењена је на тадашњу 31 милијарду динара, односно на око пола милијарде америчких долара.[30]

[28] European Commission*, Commission Staff Working Paper – Analytical Report – Accompanying the Document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Commission Opinion on Serbia's Application for Membership of the European Union {COM(2011) 668}, SEC(2011) 1208,* Brussels, 2011*,* 45. Такав став заступају и Арандаренко и Вукојевић, Mihail Arandarenko, Vladimir Vukojević, *Labor Costs and Labor Taxes in the Western Balkans*, World Bank, 2008, 5, 48, 58. Крстић наводи да је у Европи само бугарски систем опорезивања зарада мање прогресиван од оног који имамо у Србији, Gordana Krstić, „Why Income Inequality is so High in Serbia: Empirical Evidence and a Measurement of the Key Factors", *Economic Annals* LXI(210)/2016, 40–41. За супротно гледиште види Никола Алтипармаков, „Да ли су фискални намети на зараде у Србији регресивни", ФС Истраживачки папир 13/03, *http://www.fiskalnisavet.rs/doc/istrazivackiradovi/da_li_su_fiskalni_nameti_na_zarade_u_srbiji_regresivni.pdf*, 17. август 2018.

[29] Фискални савет Републике Србије, 59.

[30] Gordana Ilić Popov, Svetislav Kostić, „Government Amends Employment, Personal Taxes", *Tax Notes International* 7/2006, 387.

Посебни подстицаји су били усмерени на запошљавање лица млађих од 30 година, оних који су старији од 45 година и лица са инвалидитетом и у сваком случају су предвиђали ослобађање послодавца од обавезе плаћања обрачунатог и обустављеног пореза из зараде новозапосленог лица за одређени временски период.[31] Истовремено, изменама и допунама ЗДЗОСО уведене су комплементарне одредбе којима су се послодавци који запошљавају те категорије радника за одређени временски период ослобађали обавезе плаћања доприноса на основицу (оних ДЗОСО које послодавац плаћа у своје име а за рачун запосленог), при чему је Национална служба за запошљавање преузимала обавезу плаћања тих доприноса за време трајања примене описане олакшице.[32] На тај начин су, барем када су у питању ДЗОСО, само проширени подстицаји који су уведени још 2004. године за запошљавање лица старијих од 45, односно 50 година живота.[33]

Законодавац није имао намеру да повећа расположиви доходак радника, што би била последица предвиђања простог ослобођења од пореза на зараде, већ је првенствено желео да смањи трошак послодаваца. Стога је прибегао ослобођењу пореског платца, односно послодавца од обавезе плаћања обрачунатог и обустављеног пореза на зараде. Упрошћено, српски законодавац је 2006. године послодавцима *поклонио* део бруто зараде новозапосленог лица. Он их је обавезао да од бруто зараде својих новозапослених радника одбију део који одговара порезу на зараде, али им је затим дозволио да тај исти новац задрже.

Имајући у виду да се, као што је већ напоменуто у претходном делу рада, у Закону о раду зарада изричито дефинише тако да садржи и порез и доприносе који се плаћају из зараде, олакшице уведене изменама и допунама ЗПДГ из 2006. године не представљају ништа друго до пружање субвенције послодавцима за запошљавање одређених категорија лица[34], при чему ту субвенцију, суштински посматрано, из сопствених средстава послодавцима пружају сама новозапослена лица.[35] Другим речима, олакшица је осмишљена тако да

31 Закон о изменама и допунама ЗПДГ, *Службени гласник РС*, бр. 62/2006, чл. 9 и 10.

32 Закон о изменама и допунама ЗДЗОСО, *Службени гласник РС*, бр. 62/2006, чл. 8.

33 ЗДОСО, *Службени гласник РС*, бр. 84/2004, чл. 45.

34 Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017[15], 339.

35 Имајући у виду чињеницу да се послодавцу том олакшицом пружало право да задржи обрачунати и из зараде запосленог обустављени порез на зараде, може се довести у питање тврдња да се субвенција послодавцима пружа из сопствених средстава запослених. Наиме, уколико је право својине запосленог над за порез опредељеним делом његове зараде престало самим чином обрачуна и обуставе који

припадници угрожених категорија становништва сами плаћају послодавцима за прилику да добију запослење.

Када су у питању олакшице за ДЗОСО, права новозапослених лица нису била угрожена с обзиром на то да је ослобођење пружено на нивоу оног дела доприноса који не умањује бруто зараду запосленог, односно оног дела који у своје име, а за рачун запосленог плаћа треће лице (у случају описане олакшице, Национална служба за запошљавање је преузела обавезу послодавца да сноси трошак плаћања доприноса).

Нажалост, осим ретких гласова који су долазили из академске јавности[36] у Србији није било темељније расправе о описаним подстицајима. Тај пропуст можда може да објасни даље кораке који су учињени олакшицама за запошљавање нових радника које су уведене од 2014. године до данас.

Наиме, од 2014. године, уместо доследног предвиђања ослобођења послодавца од обавезе плаћања обрачунатог и обустављеног пореза на зараде новозапослених лица, у ЗПДГ се уводи формулација да се послодавцу пружа право на повраћај плаћеног пореза на зараду новозапослених лица.[37] Исти приступ биће примењен и у олакшици из чл. 21д ЗПДГ, која је уведена од 1. јануара 2016. године.[38]

Иако по својој економској природи веома сличне олакшицама иницијално уведеним 2006. године, оне које предвиђају право послодавца на повраћај плаћеног пореза у супротности су са изричитим одредбама не само ЗПДГ већ и Закона о пореском поступку и пореској администрацији. Чини се као да је српски законодавац *заборавио* да је за потребе пореза на зараде запослени порески обвезник[39], док сходно одредби чл. 24, ст. 1, тач. 9 Закона о пореском поступку и пореској администрацији[40] само порески обвезник има право

врши његов послодавац, онда би се могло тврдити да је субвенција послодавцу ипак пружена из средстава државе. Оно што нас наводи на закључак да је суштински ипак реч о сопственим средствима запосленог, независно од момента престанка права својине над делом бруто зараде који је обустављен по основу пореза на зараде, јесте чињеница да постоји потпуно поклапање између пореза на зараде који би начелно требало да погађа запосленог и износа саме субвенције.

[36] G. Ilić Popov, S. Kostić, 387–391.

[37] Закон о изменама и допунама ЗПДГ, *Службени гласник РС*, бр. 57/2014, чл. 1.

[38] Закон о изменама и допунама ЗПДГ, *Службени гласник РС*, бр. 112/15, чл. 8.

[39] Чл. 15 ЗПДГ којим се изричито предвиђа да је обвезник пореза на зараде физичко лице које остварује зараду.

[40] Закон о пореском поступку и пореској администрацији – ЗППГА, *Службени гласник РС*, бр. 80/2002, 84/2002 – испр., 23/2003 – испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – др. закон, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. др. закона, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – др. закон, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – испр., 93/2012, 47/2013,

да на прописани начин и у прописаним роковима добије рефакцију, рефундацију, односно повраћај више или погрешно плаћеног пореза, при чему је истим тим законом право на коришћење пореских олакшица ограничено само на пореске обвезнике.[41] Уколико се подсетимо да је послодавац у случају пореза на зараде искључиво порески платац који усмерава новац запосленог на прописане рачуне јавних прихода, разумним се чини приступ ЗППА према коме само обвезник има право на повраћај, односно олакшицу, с обзиром на то да је *његов новац* употребљен за плаћање пореза. Другим речима, уместо да се олакшица пружа ономе ко је порез платио, она се додељује, супротно одредбама ЗППА, ономе ко је просто извршио уплату пореза, и то у туђе име и за туђ рачун.

Описане олакшице из ЗПДГ пратиле су комплементарне одредбе унете у ЗДЗОСО којима се послодавцима први пут пружало право на повраћај не само доприноса који се плаћају на основицу већ и оних који се плаћају из основице.[42]

5. ОЛАКШИЦЕ ЗА НОВОЗАПОСЛЕНЕ ИЗ 2017. ГОДИНЕ

Изменама и допунама ЗПДГ из децембра 2017. године[43] у тај пропис је унет нови члан 21ђ, којим се предвиђају последње у низу олакшица за послодавце у односу на зараде новозапослених радника. Док је 2006. године законодавац водио рачуна о томе да ипак покуша да прати улоге које су додељене странкама у порескоправном односу и док је 2014, односно 2016. године могао да пружи оправдање да се повраћајем уплаћених пореза и доприноса не мења суштина иницијално уведене олакшице већ да се чак умањује погодност за послодавца пошто уместо непосредне уштеде он мора да уђе у временски захтеван поступак повраћаја, законодавац је 2017. године прописао норму којом од пореза ослобађа онога ко порез не дугује већ ко само има обавезу да у име и за рачун онога ко порез дугује обавезу измири истовремено са исплатом зараде. Стога је јасно видљиво да је српски законодавац, због непостојања било каквог смисаоног отпора стручне јавности, политичких партија или синдиката, у сталном окружју мантре о погубном утицају умишљеног високог фискалног оптерећења зарада на запосленост у Србији, изгубио опрез да ионако

108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – аутентично тумачење, 112/2015, 15/2016 и 108/2016.

[41] ЗППА, чл. 24, ст. 1, тач. 8.

[42] Закон о изменама и допунама ЗДЗОСО, *Службени гласник РС*, бр. 57/14, чл. 2, и Закон о изменама и допунама ЗДЗОСО, *Службени гласник РС*, бр. 112/15, чл. 4.

[43] Закон о изменама и допунама ЗПДГ, *Службени гласник РС*, бр. 113/17.

упитне норме барем уобличи онако као то захтевају основни постулати пореског права, постулати које је тај исти законодавац предвидео.[44]

Међутим, 2017. године српски законодавац је отишао корак даље и у ЗДЗОСО унео нови члан 45г, којим се предвиђа да послодавац задржи део бруто зараде запосленог у делу у коме би она била издвојена за плаћање ДЗОСО, али се, за разлику од претходних решења, запосленом за време трајања подстицаја одузима право на обавезно пензијско осигурање.

Док је за све претходне подстицаје законодавац могао да наведе да самим запосленима није нанета било каква непосредна штета, односно да њихова економска снага није била умањена, за подстицај из чл. 45г ЗДЗОСО није могуће пружити такво оправдање.

Наиме, за олакшице у односу на порез на зараде из ЗПДГ можемо се позвати на то да је норма чл. 21ђ, баш као и она чл. 21в, 21г и 21д ЗПДГ, у супротности са одређењем појма порески обвезник из истог закона (чл. 6 и 15 ЗПДГ) и са одредбама ЗПППА којима се уређује питање ко има право на коришћење пореских олакшица, односно право на повраћај пореза. С друге стране, имајући у виду да се у чл. 2, ст. 1, тач. 17 Закона о буџетском систему[45] порески приходи дефинишу као врста јавних прихода које држава прикупља обавезним плаћањима пореских обвезника без обавезе извршења специјалне услуге заузврат, могао би се заузети став да запосленом није ускраћено било какво посебно право већ да је држава његов новац, на који она има право према пореским прописима, усмерила у виду подстицаја његовом послодавцу. Расположиви доходак запосленог није умањен, односно његова економска снага је остала непромењена. Међутим, мора се поставити питање да ли је ипак, осим неусаглашености са другим законским прописима[46], описаним олакшицама повређена и норма чл. 58 Устава Србије којом се јемчи заштита права својине.

---

[44] Један од ретких гласова који се чуо против олакшица из 2014. године дошао је из Фискалног савета Републике Србије који је, заснивајући свој став на првенствено економским разлозима, дао негативну оцену нацрта Закона о изменама и допунама ЗДЗОСО и Закона о порезу на доходак грађана, *http://www. fiskalnisavet. rs/doc/ocene-i-misljenja/ocena_izmena_i_dopuna_zakona_o_doprinosima_i_porezu_na_ dohodak. pdf*, 17. август 2018.

[45] Закон о буџетском систему, *Службени гласник РС*, бр. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013 – испр., 108/2013, 142/2014, 68/2015 – др. закон, 103/2015, 99/2016 и 113/2017.

[46] Неусаглашеност пореских подстицаја из ЗПДДГ и ЗДЗОСО са другим одредбама истих закона, као и са одредбама Закона о раду и ЗПППА, повлачи и питање да ли се њима крши одредба чл. 194, ст. 1 Устава Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, којом се прокламује да је правни поредак Србије јединствен, имајући у виду да је Уставни суд још 2010. године заузео став да „уставно наче-

Имовина запосленог стечена на основу закона (део бруто зараде запосленог)[47] одузима се не ради наплате пореза већ се порески механизам (зло)употребљава да би се та имовина искористила да се обезбеди подстицај послодавцу да запосли *то исто* лице. Такав закључак се нарочито намеће у случају непосредног ослобађања послодавца од обавезе плаћања пореза на зараде, коме се прибегло у пореским подстицајима из 2017. године. Порески захтев чак ни у основној форми није спроведен (није дошло до уплате пореза, после које држава располаже прикупљеним новцем и врши повраћај, па чак ни до обрачуна и обуставе пореза на зараде, где држава дозвољава послодавцу да новац који би иначе морао да уплати на прописани рачун јавних прихода задржи у виду пореског подстицаја, односно субвенције). Дакле, чини се да је право својине запосленог одузето, уз веома упитно одређење јавног интереса, а да му притом није пружена било каква накнада. Такав закључак се намеће нарочито уколико се подсетимо да је у Уставу Србије предвиђено право на рад као једно од основних људских права и слобода и где се само запослење (закључење уговора о раду) не може сматрати тржишном накнадом за новац који је запосленом одузет.

Док се за олакшице унете у ЗДЗОСО почевши од 2014. године, којима се послодавцима пружа право на повраћај и доприноса који се плаћају на основицу и доприноса који се плаћају из основице, могу поставити истоветна питања њихове уставности као и у случају њима комплементарних норми ЗПДГ, нема места недоумици да је одредба чл. 45г ЗДЗОСО у супротности са чл. 58 Устава Србије. Новац, тј. имовина запосленог – део његове бруто зараде који би био намењен за плаћање ДЗОСО (подсетимо се, послодавац је овде само веза између обвезника доприноса и Фонда ПИО), препушта се

ло јединства правног поретка налаже да основни принципи и правни институти предвиђени законима којима се на системски начин уређује једна област друштвених односа буду поштовани и у посебним законима, осим ако је тим системским законом изричито прописана могућност другачијег уређивања истих питања.“ Вид. Одлуку Уставног суда Србије IУЗ-231/2009 од 22. јула 2010. године.

[47] Осим недвосмислених одредаба Закона о раду на основу којих је могуће закључити да запосленом припада његова целокупна бруто зарада, односно да бруто зарада представља имовину пореског обвезника, у прилог таквом ставу говори и пресуда Европског суда за људска права у предмету *Н. К. М. против Мађарске*, у чијем се образложењу наводи да независно од тога да ли је приход исплаћен са обавезом да накнадно буде пријављен и да се на њега плати одговарајући порез или је пак порез аутоматски одбијен приликом исплате, целокупан приход представља имовину у смислу чл. 1 Протокола 1 уз Конвенцију о људским правима и основним слободама. За Европски суд за људска права је управо чињеница наметања пореске обавезе на одређени приход доказ да он и за саму државу представља постојећу имовину обвезника у свом целокупном (дакле, бруто) износу, с обзиром на то да би било бесмислено наметати пореске обавезе у односу на непостојећу имовину или на неостварене приходе. *ECHR*, *N. K. M. v. Hungary*, *n. 66529/11, 14 May 2013, para. 36*.

његовом послодавцу, при чему се запосленом одузима право које би било остварено да му његова имовина није одузета, а тај запослени нема право да се са тим одузимањем сагласи већ се оно врши по сили закона. Запосленом се *великодушно* оставља могућност да се сам и о свом (додатном) трошку добровољно укључи у систем пензијског и инвалидског осигурања.[48]

Право на социјално обезбеђење које је запосленом и члановима његове породице загарантовано чл. 69, ст. 2 Устава Србије одузето је одредбом чл. 45г ЗДЗОСО. Примера ради, осим уколико се запослени о свом трошку (при чему, подсетимо се, његова нето зарада остаје непромењена јер је целокупан износ подстицаја усмерен према послодавцу) не укључи у систем пензијског и инвалидског осигурања, односно то му не обезбеди његов послодавац, што је веома мало вероватно јер би тиме био обесмишљен сам подстицај, њему је, на пример, угрожено право на остваривање права на инвалидску пензију пре навршења година живота прописаних за стицање права на старосну пензију у случају када је његов губитак радне способности проузрокован повредом ван рада, с обзиром на то да је у том случају потребно да има навршених пет година стажа осигурања како би остварио право на инвалидску пензију, а година током које се користи ослобођење из чл. 45г ЗДЗОСО не урачунава се у стаж осигурања.[49] Угрожена су и права чланова породице запосленог, с обзиром на то да ако запослени није остварио услове за старосну пензију, они право на породичну пензију у случају његове смрти могу остварити само уколико је он имао навршених пет година стажа осигурања.[50]

Коначно, осим права на имовину из чл. 58 Устава Србије и права на социјалну заштиту из чл. 69 Устава Србије, чланом 45г ЗДЗОСО крши се и одредба чл. 60, ст. 4 Устава Србије. Наиме, да би се запослени чија је зарада погођена ослобођењем из чл. 45г ЗДОСО изједначио у основној социјалној и породичној сигурности са оним запосленима којима та *погодност* није пружена, он је приморан да поднесе додатни трошак укључивања у систем пензионог и социјалног осигурања. Имајући у виду да је он на то приморан услед препуштања дела његове зараде послодавцу по сили закона, мора се довести у питање поштовање основног, уставног права запосленог на правичну накнаду. Други запослени, на кога се ослобођење из чл. 45г ЗДЗОСО не може применити, а који код истог послодавца

---

[48] Закон о пензијском и инвалидском осигурању – ЗПИО, *Службени гласник РС*, бр. 34/2003, 64/2004 – одлука УС, 84/2004 – др. закон, 85/2005, 101/2005 – др. закон, 63/2006 – одлука УС, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014 и 142/2014, чл. 15, ст. 1.

[49] ЗПИО, чл. 25.

[50] ЗПИО, чл. 27, ст. 1.

обавља исти посао, са истим резултатима, истим одговорностима и истим квалификацијама, остварује значајно веће приходе јер ће запослени погођен ослобођењем из чл. 45г ЗДЗОСО бити приморан да услед подстицаја који о свом трошку пружа послодавцу, сноси увећане расходе како би обезбедио основна права из социјалног осигурања себи и члановима своје породице.

У светлу свих тих примедаба на одредбу чл. 45г ЗДЗОСО застрашујуће делује објашњење које је предлагач, Влада Републике Србије, нашао за сходно да пружи Народној скупштини уз његов предлог:

„Новододатим чланом 45г уређује се увођење олакшица по основу запошљавања лица која започињу са обављањем сопствене пословне делатности, на начин да су ослобођени од плаћања доприноса по основу сопствене зараде као и по основу зараде новозапослених лица."[51]

6. ЗАКЉУЧАК

Значај решавања проблема незапослености у српском друштву није могуће пренагласити. Међутим, ослањању на пореске мере како би се утицало на тај проблем мора се приступати опрезно јер пореска политика веома ретко пружа једноставна решења (за којима доносиоци политичких одлука жуде), а штете које могу настати из неопрезног ослањања на недовољно промишљене норме могу бити астрономске:

„Нема сумње да пореска политика у значајној мери утиче на услове на тржишту рада, укључујући и структурну стопу незапослености. Међутим, проблем незапослености, који представља велики економски и друштвени изазов у многим европским земљама је последица великог броја међу повезаних економских, фискалних, институционалних, привредних и друштвених прилика, тако да није реално очекивати да овако комплексан проблем може настати, или се решити, једном изолованом мером, макар се радило и о веома моћном оружју попут пореске политике."[52]

Нажалост, у овом раду смо показали како је српски законодавац прешао Рубикон лоше или недовољно промишљене фискалне политике и, додуше са начелно добром намером, почео да подрива

[51] Образложење предлога Закона о изменама и допунама ЗДОСО који је Влада Србије поднела Народној скупштини 2. децембра 2017. године, 8, *http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/3787–17.pdf*, 17. август 2018.

[52] Н. Алтипармаков, 15.

кључне уставне темеље нашег друштва. Приморавање угрожених категорија становништва да сопственим новцем плаћају прилику да се запосле, одузимање имовине од радника и ускраћивање основних, уставом загарантованих права на социјалну сигурност, сигурно неће довести до смањења незапослености нити ће створити бољи привредни амбијент. Само квалитетно и предвидљиво пословно окружење може да омогући услове за озбиљнији и дугорочнији привредни раст. Доношење неуставних решења у којима се види потпуни немар за једну и потпуно подилажење другој страни не може допринети стварању таквог окружења. Уставни принципи нису непожељне препреке економским мерама којима би се услед њиховог изостанка постигла брза и добра решења. Они су основни постулати друштва у коме живимо и само они предлози који могу да прођу проверу уставности смеју се узимати у обзир, и то из простог разлога што решења која то не успеју у себи садрже клицу нереда и урушавање друштва у коме живимо, пошто подривају правила која смо заједнички прихватили као неупитна. Нажалост, ми смо се у Србији приближили опасном степену правног нереда јер је само питање шта ће бити следеће, после приморавања угрожених делова становништва да по цену своје и социјалне сигурности својих породица плаћају послодавцима за *привилегију* рада, што је, како смо показали, управо суштина олакшица унетих у српски систем опорезивања зарада крајем 2017. године.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Алтипармаков, Н., „Да ли су фискални намети на зараде у Србији регресивни“, ФС Истраживачки папир 13/03, *http://www.fiskalnisavet.rs/doc/istrazivacki-radovi/da_li_su_fiskalni_nameti_na_zarade_u_srbiji_regresivni.pdf*, 17. август 2018. (Altiparmakov, N., „Da li su fiskalni nameti na zarade u Srbiji regresivni“, FS Istraživački papir 13/03, *http://www. fiskalnisavet.rs/doc/istrazivacki-radovi/da_li_su_fiskalni_nameti_na_zarade_u_srbiji_ regresivni.pdf*, 17. avgust 2018)

Arandarenko, M., Vukojević, V., *Labor Costs and Labor Taxes in the Western Balkans*, World Bank, 2008.

Арсић, М., Ранђеловић, С., *Економија опорезивања – теорија и политика*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд 2017. (Arsić, M., Ranđelović, S., *Ekonomija oporezivanja – teorija i politika*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017)

European Commission, *Commission Staff Working Paper – Analytical Report – Accompanying the Document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Commission Opinion on Serbia's Application for Membership of the European Union {COM(2011) 668}, SEC(2011) 1208*, Brussels 2011.

Фискални савет Републике Србије, *Фискална кретања у 2017. години и препоруке за 2018. годину*, Београд 2017. (Fiskalni savet Republike Srbije, *Fiskalna kretanja u 2017. godini i preporuke za 2018. godinu*, Beograd 2017)

Ilić Popov, G., Kostić, S., „Government Amends Employment, Personal Taxes", *Tax Notes International* 7/2006.

IMF, *Country Report Serbia No. 13/207, 2013 Article IV Consultation, Selected Issue Paper*, Washington D.C. 2013, *https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2013/cr13207.pdf*, 17. август 2018.

Костић, С., „Порески третман прихода које остваре упућени запослени по основу свог рада који обављају на територији Републике Србије", *Право и привреда* 9–12/2008. (Kostić, S., „Poreski tretman prihoda koje ostvare upućeni zaposleni po osnovu svog rada koji obavljaju na teritoriji Republike Srbije", *Pravo i privreda* 9–12/2008)

Krstić, G., „Why Income Inequality is so High in Serbia: Empirical Evidence and a Measurement of the Key Factors", *Economic Annals* LXI(210)/2016.

Krstić, G. (ed.), *The Shadow Economy in Serbia – New Findings and Recommendations for Reform*, USAID Business Enabling Project, Belgrade 2013.

Krstić, G., Radulović, B., „Shadow Economy in the Business and Enterpreneurial Sector", *Formalizing the Shadow Economy in Serbia – Policy Measures and Growth Effects* (eds. G. Krstić, F. Schneider), Springer Open, 2015.

Поповић, Д., *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017[15]. (Popović, D., *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017[15])

Svetislav V. Kostić, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

CONSTITUTIONALITY ISSUES WITHIN THE TAXATION OF SALARIES IN SERBIA

Summary

This paper deals with the problems which emanate from the lack of respect for the concept of gross salary in the process of drafting tax incentives for employers at the level of salary tax and mandatory social security contributions in Serbia. The author's research shows that such measures are inspired by the widely shared belief that the high burden imposed on employers by virtue of salary tax and mandatory social security contributions on wages is the primary cause of chronic unemployment, wherein he attempts to argumentatively disprove this „illusion". The paper illustrates that the tendency of the Serbian legislator, evidenced more than a decade ago, to provide incentives to employers at the expense of the salary with belongs to the employee, is in conflict not only with the demand for the existence of a unified Serbian legal system, but also infringes several rights expressly guaranteed by the Serbian Constitution (right to property, right to social security, right to just compensation), as well as the provision of Art. 1 of the Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights.

Key words: *Salary. – Salary Tax. – Mandatory Social Security Contributions. – Fiscal Burden. – Constitution.*

Article history:
Received: 23. 4. 2018.
Accepted: 29. 6. 2018.

УДК 347.961:347.6(497.1-89)

CERIF: S130, S145

Др Меланија Јанчић*

ОВЛАШЋЕЊА ЈАВНОГ БЕЛЕЖНИКА У ПОРОДИЧНОМ ПРАВУ СРБИЈЕ СА ОСВРТОМ НА ПРАВО ХРВАТСКЕ, ЦРНЕ ГОРЕ И БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Нормативно уређење делатности јавног бележника на подручју Републике Србије датира још од 1930. године када је донет Закон о јавним бележницима Краљевине Југославије. Међутим, у садашњем правном систему Србије, након неколико безуспешних покушаја да се поново уведе ова установа, коначно је 2011. године донет Закон о јавном бележништву Републике Србије, док је његова примена одгођена све до септембра 2014. године. Тим законом је поново успостављена делатност јавног бележника који предузима одређену врсту послова из своје надлежности, између осталог, и у области породичног права. Након поновног успостављања надлежности јавног бележника у правном систему Србије уследиле су и измене и допуне породичног законодавства, у које је уврштена установа јавног бележника, а његове надлежности су прецизиране у породичном праву. Значај увођења и нормирања те делатности је неспоран, имајући у виду да бројне новине које се односе на преношење надлежности са судова на јавне бележнике доприносе не само растерећењу судова већ и ефикаснијем поступању, јер су поједине радње и поступци поједностављени. Циљ овог рада је да се анализом норми о надлежности јавног бележника у породичном праву допринесе разумевању њихове улоге и научној расправи о целисходности законских решења у тој области права. У раду ће бити анализиране и одредбе о надлежностима јавног бележника у породичном законодавству Хрватске, Црне Горе и Босне и Херцеговине, са циљем да се у упоредноправној анализи уоче евентуалне нормативне разлике уз коментар позитивноправних решења.

Кључне речи: *Јавни бележник. – Брачни уговор. – Признање очинства. – Споразум о законском издржавању. – Солемнизација.*

* Ауторка је доцент Факултета за европске правно-политичке студије у Новом Саду Универзитета „Едуконс“, Сремска Каменица, *lanajancic@gmail.com*.

1. УВОД

Установа јавног бележника на подручју Републике Србије није новина, имајући у виду да нормативно уређење те делатности датира још од 1930. године када је донет Закон о јавним бележницима Краљевине Југославије.[1] Међутим, у правном систему Србије било је настојања да се та установа поново уведе, што је и учињено 2011. године када је донет Закон о јавном бележништву Републике Србије[2] (у даљем тексту: ЗЈБ).[3] Установа јавног бележништва уведена је и правно регулисана у великом броју правних система у Европи са циљем да се растерети правосуђе, брже реализују права и успоставља виши ниво правне сигурности. Као слободна професија, има функцију превентивног правосуђа односно превентивну улогу у спречавању будућих спорова[4], пре свега у вези са уговорима.[5] Подједнако важан циљ и значај увођења јавнобележничке делатности јесте и да се олакша приступ правосуђу за правне субјекте и да се допринесе потпуном остварењу сврхе форме у савременом грађанском праву.[6]

Законодавац у Србији се, као и у већини савремених и развијених западноевропских држава, определио за латински тип јавног бележника[7], према којем је јавни бележник стручњак из области

[1] Више о нормативном уређењу јавног бележништва у Краљевини Југославији вид. у: Гордана Дракић, „Нормативно уређење установе јавног бележништва у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца (Краљевини Југославији)“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду* (*Зборник ПФНС*) 48(4)/2014, 201–215.

[2] Закон о јавном бележништву – ЗЈБ РС, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон, 93/2014 – др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015.

[3] Више о увођењу институције јавног бележника у Републици Србији вид. у: Vesna Živković, Miloš Živković, „O uvođenju javnog beležništva u Srbiji“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* (*Zbornik PFZ*) 63(2)/2013, 433–448.

[4] Циљ јавнобележничке делатности је спречавање будућих повреда грађанских субјективних права, а самим тим и будућих спорова, те се због тога јавнобележнички поступак назива још и поступком превентивне јурисдикције. Милена Трговчевић Прокић, „Јавнобележнички запис и солемнизација“, *Правни живот* 12/2017, 101.

[5] Ирена Мојовић, „Нотарска јавна извршна исправа“, *Правни живот* 12/2011, 6. Вид. и: Милена Трговчевић Прокић, *Овлашћења јавног бележника*, Службени гласник, Београд 2009[2], 78–80.

[6] Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, Београд 2014, 23–37.

[7] Више о темељима и историјском развоју латинског типа јавнобележничке делатности вид. у: Владимир Вулетић, „Латински нотаријат: темељи и изградња“, *Правни живот* 12/2012, 61–78. Вид. опширније: Velibor Korać, „Notarial Form Ad Solemnitatem in Montenegrin Law“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2016, 223. Вид. и: Драгана Кнежић Поповић, „Правна природа јавног бележништва“, *Правни записи* 2/2010, 339–363.

права на кога држава преноси одређена овлашћења и који поверену јавну службу обавља самостално и независно.[8] Сходно латинском типу нотаријата, у важећем ЗЈБ јавно бележништво се дефинише као служба од јавног поверења, а јавни бележник, који своју делатност обавља као искључиво и стално занимање и у чијем обављању је самосталан и независан[9], као стручњак у области права, који је именован од стране министра надлежног за правосуђе, који на основу јавних овлашћења прихвата од странака изјаве воље, даје им потребну писмену форму и о томе издаје исправе које имају карактер јавних исправа, чува оригинале тих исправа и друге поверене документе, издаје преписе исправа, јавно потврђује чињенице, даје странкама савете о питањима која су предмет његове делатности и предузима друге радње и врши друге послове одређене законом.[10]

2. ОВЛАШЋЕЊА ЈАВНОГ БЕЛЕЖНИКА У ПОРОДИЧНОМ ПРАВУ

Након што је поново уведена установа јавног бележника у позитивно право Србије, 2015. године су уследиле и измене и допуне породичног законодавства, којима су прецизиране надлежност и улога јавног бележника у породичном праву. Значај те установе у породичном праву огледа се у његовој надлежности у брачном праву, у имовинским и личноимовинским односима, или у родитељском праву, у утврђивању очинства признањем.

2.1. Овлашћења јавног бележника у родитељском праву

Улога јавног бележника у родитељском праву Србије тиче се начина признања очинства. Одредбама Породичног закона Републике Србије предвиђено је да се изјава о признању очинства може дати, осим пред матичарем, судом, органом старатељства или у тестаменту, и пред јавним бележником.[11] Преднацртом Грађанског законика Републике Србије, који је још увек у фази јавне расправе, предвиђено је да се изјава о признању очинства може дати, осим у завештању, и пред

[8] Mirela Krešić, „Zakon o javnim bilježnicima Kraljevine Jugoslavije iz 1930.: sudjelovanje javnog bilježnika u ostavinskom postupku – iskustva iz prošlosti", *Zbornik PFZ* 63(2)/2013, 353.

[9] Вид. и: Дејан Ђурђевић, „Правни положај нотара у европским правним порецима и у српском праву", *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (ур. Стеван Лилић), Београд, 2011, 168–172.

[10] ЗЈБ РС, чл. 2.

[11] Породични закон – ПЗ РС, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015, чл. 51.

матичарем, органом старатељства, судом или другим органом или службом овлашћеном за састављање јавних исправа[12], под којима се подразумева и служба јавног бележника. Међутим, одредбама ПЗ РС није прецизирано питање коју врсту исправе јавни бележник мора да састави приликом примања изјаве о признању очинства, што може изазвати дилеме и различито поступање јавних бележника, односно може довести до неуједначене јавнобележничке праксе.[13]

Законодавац у Црној Гори је слично уредио питање начина признања ванбрачног очинства, с тим што јавни бележник није изричито наведен као орган пред којем се може дати изјава о признању. С обзиром на то да се, осим у тестаменту и пред матичарем, органом старатељства и судом, таква врста изјава може дати и пред другим органом овлашћеним за састављање јавних исправа, то подразумева и надлежност јавног бележника.[14] У Босни и Херцеговини (БиХ), то питање је регулисано на различите начине, те није једнообразно на нивоу целе државе јер се формулација у породичним законодавствима разликује. Породични закон Федерације БиХ, као и Породични закон Републике Српске[15] прописују надлежност јавног бележника за давање изјаве о признавању материнства или ванбрачног очинства[16] на исти начин као и ПЗ Србије. Важећим ПЗ Републике Српске

[12] Преднацрт Грађанског законика Републике Србије – ПГЗ РС, чл. 2264.

[13] Наташа Стојановић, Ивана Евтимов, „Улога јавних бележника у породичноправним стварима у Републици Србији – са посебним освртом на јавнобележничку праксу“, *Правни живот* 12/2017, 147.

[14] Породични закон – ПЗ ЦГ, *Службени лист РЦГ*, бр. 1/2007, 53/2016, чл. 101.

[15] До измена и допуна од 2008. године у ПЗ Републике Српске било је предвиђено да се очинство може признати, осим у тестаменту, пред матичарем, органом старатељства или судом, и пред неким *другим државним органом* овлашћеним за састављање јавних исправа, док је у ПЗ ЦГ предвиђена могућност давања изјаве о признању очинства пред *другим органом* овлашћеним за састављање јавних исправа. Тада се у Републици Српској поставило питање тумачења те одредбе у смислу статуса јавних бележника, односно да ли они имају статус државног органа и да ли се одредба из породичног законодавства Републике Српске којом је била прописана надлежност других државних органа може тумачити у корист јавних бележника. Иако се јавни бележник не сматра државним органом, њихова делатност спада у јавну службу и поверена су им јавна овлашћења, док јавне бележнике, и поред самосталности и независности, именује министар, који је надлежан и за вршење контроле рада јавног бележника. Одредба којом је била одређена надлежност другог државног органа пред којим се може дати изјава о признању очинства могла се у периоду важења тог закона тумачити на начин да се у Републици Српској та изјава може дати и пред јавним бележником. Тек је изменама и допунама ПЗ из 2008. године та одредба измењена и израз „други државни орган овлашћен за састављање јавних исправа“ замењен је речју нотар.

[16] Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine – ПЗ ФБиХ, *Službene novine FBiH*, бр. 35/05, 34/14, чл. 56; Породични закон Републике Српске – ПЗ Р. Српске, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 54/02, 41/08 и 63/14, чл. 112.

прописано је да се признање очинства уписује у матичне књиге рођених ако се мајка детета сагласи са тим признањем, а њена сагласност мора бити дата пред матичарем или нотаром, у јавној или овереној исправи.[17]

Међутим, законом који регулише породичне односе у Брчко дистрикту БиХ не предвиђа се надлежност јавног бележника за давање изјаве о признавању материнства или очинства, тако да се она може дати у поступку пред матичарем, органом старатељства, судом или записничарем.[18] У анализи те одредбе наилазимо на прописивање надлежности записничара за давање изјаве о признању материнства или очинства, што није уобичајено, поготово што то питање има велики значај за породични статус детета. У Закону о судовима Дистрикта Брчко постоји одредба о листи административних послова које самостално могу да обављају остали службеници суда. Они, између осталог, могу примати на записник или у облику службене белешке кратка обавештења странака и других заинтересованих особа о промени адресе или боравишта, о датуму пријема судске одлуке када доставница није враћена суду или је враћена суду али датум извршења доставе није назначен на доставници, а може обављати и друге послове и задатке које му додели председник или секретар суда.[19] У тој одредби, међу пословима који спадају у надлежност осталих службеника није изричито наведено да се могу на записник или у оквиру службене белешке примати и изјаве о признању материнства или очинства, па се поставља питање да ли би таква радња евентуално могла да се сврста у друге послове, имајући у виду да листа наведених послова није коначна већ само примерице наведена. Међутим, имајући у виду важност изјаве о признању материнства или очинства и последица које таква изјава производи, одговор на то питање би требала да буде негативан. Породично законодавство Федерације БиХ, као и Брчко дистрикта БиХ, одликује једна јединствена одредба која није заступљена у законодавствима осталих земаља у окружењу, а то је да се и материнство може признавати на исти начин као и очинство.

Ни у породичном законодавству Хрватске[20] није предвиђена могућност утврђивања материнства признањем, а оно је рестриктивније и у погледу форме у којој признање очинства може бити дато.

---

[17] ПЗ Р. Српске, чл. 117, ст. 1.

[18] Porodični zakon Brčko distrikta BiH – ПЗ БД БиХ, *Službeni glasnik Brčko distrikta BiH*, бр. 23/07, чл. 52, ст. 1.

[19] Zakon o sudovima Brčko distrikta BiH, *Službeni glasnik Brčko distrikta BiH*, бр. 19/07, 20/07, 39/09 и 31/11, чл. 53.

[20] О почецима деловања установе јавног бележника у Републици Хрватској вид. више у: Ivica Crnić, „Početak djelovanja javnih bilježnika u Republici Hrvatskoj“, *Zbornik PFZ* 59(6)/2009, 1355–1374.

Наиме, одредбама хрватског Обитељског закона (ОЗ) предвиђено је да се изјава о признању очинства може дати искључиво на записник пред матичарем, центром за социјални рад, судом или дипломатско-конзуларним представништвом, као и у тестаменту[21], тако да није предвиђена могућност давања изјаве о признању очинства пред јавним бележником. Имајући у виду да је циљ одредаба о надлежности јавног бележника у стварима од значаја за породични статус детета како растерећивање судова и органа управе тако и олакшавање и убрзање поступка признавања ванбрачног очинства омогућавањем давања изјаве признања пред ширим кругом надлежних служби и органа, било би целисходно да је дата могућност признања очинства и пред јавним бележником.

2.2. Овлашћења јавног бележника у чисто имовинским односима у породичном праву

Што се тиче чисто имовинских односа супружника односно ванбрачних партнера у породичном праву Србије, супружници, будући супружници и ванбрачни партнери могу своје чисто имовинске односе на постојећој или будућој имовини да регулишу брачним уговором[22], чиме се искључује законски режим заједничке имовине. Брачни уговор се, дакле, може закључити и пре склапања брака како би се уредио имовински режим будуће имовине и имовине која тек треба да настане, а може да се закључи и током трајања брака. Таква врста уговора се закључује у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе, док је приликом потврђивања уговора односно солемнизације јавни бележник дужан да уговорне стране нарочито упозори на то да се њиме искључује законски режим заједничке имовине, о чему ставља напомену у клаузули о потврђивању.[23]

Пре увођења установе јавног бележника у праву Србије, брачни уговор је морао да овери судија, који је приликом овере имао обавезу да упозори странке да се уговором искључује законски режим заједничке имовине. Међутим, и једно и друго решење, иако је разлика само у надлежности, имају исти недостатак, који није надомештен изменама и допунама ПЗ.[24] Преднацртом Грађанског законика

[21] Obiteljski zakon – ОЗ, *Narodne novine*, бр. 103/15, чл. 62, ст. 1, 3 и 4.

[22] ПЗ РС, чл. 188, ст. 1.

[23] ПЗ РС, чл. 188, ст. 2. Вид. Марија Драшкић, *Породично право – Приручници за полагање правосудног испита, књига 7*, Службени гласник, Београд 2016, 294 и Дарко Радић, *Имовински односи у браку*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2016, 354.

[24] Олга Цвејић Јанчић, *Породично право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2009, 144. Професорка Цвејић Јанчић указује на поједине мањкавости одредаба о уговорном уређењу имовинских односа у брачној односно ванбрачној

предвиђено је решење којим би се отклониле евентуалне мањкавости, тако да брачни уговор мора да буде закључен у писменој форми и оверен од јавног бележника, који је пре овере дужан да супружницима и ванбрачним партнерима прочита уговор и упозори их на будуће имовинске последице уговора[25], односно на последице искључења законског режима заједничке имовине. Као алтернативно решење у ПГЗ предвиђено је да ће јавни бележник одбити да овери уговор ако њиме очигледно нису заштићени интереси и једне и друге стране[26], а током јавне расправе ће се видети да ли би такво алтернативно законско решење било адекватно. Међутим, изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку допуњене су одредбе о овлашћењима јавног бележника, у складу са којима је јавни бележник дужан да објасни странкама смисао правног посла, да им укаже на његове последице и да испита да ли је правни посао дозвољен, односно да није у супротности са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима.[27] Како и брачни уговор представља правни посао, одредбе тог закона се сходно примењују и на солемнизацију брачног уговора пред јавним бележником.

Осим брачног уговора, супружници, односно ванбрачни партнери, могу да закључе и уговор на основу којег ће један од њих управљати и располагати целокупном заједничком имовином или неким њеним делом. Може се односити или само на управљање или само на располагање или само на поједине послове управљања и располагања заједничком имовином, а обавезна форма тог уговора је да се сачини у облику јавнобележнички потврђене исправе.[28]

заједници. Оне се огледају у томе да приликом закључења брака један од будућих супружника може желети да ступи у брак не размишљајући или не знајући какве су последице закључења брачног уговора, односно последице искључења законског режима заједничке имовине, да способности уговарања и преговарања нису једнаке, тако да један од супружника може бити у томе вештији од другог, који ће ступити у брак уз пуно поверење у предлог другог супружника иако то можда уопште не одговара његовим интересима. Може се, такође, десити да су приликом склапања брака оба супружника запослена и економски самостална и услед тога сматрати да је закључење брачног уговора и искључење режима заједничке имовине идеално решење. Међутим, може се десити, и то није ретко, да један од њих без своје воље остане без посла или да услед жеље да се посвети подизању и васпитању деце напусти посао, а након неколико година дође до развода брака. У том случају, након развода брака не би имао ништа, с обзиром на то да су брачним уговором искључили режим заједничке имовине и предвидели да све што стекну током трајања брака чини њихову посебну имовину.

[25] ПГЗ РС, чл. 2429, ст. 1 и 2.

[26] ПГЗ РС, чл. 2429, ст. 3.

[27] Закон о ванпарничном поступку – ЗВП РС, *Службени гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Службени гласник РС*, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – др. закон, чл. 172, ст. 1.

[28] ПЗ РС, чл. 189, ст. 1, 2 и 5.

У случају споразумне деобе заједничке имовине супружника или ванбрачних партнера, предвиђено је и да се споразум закључује у облику јавнобележнички потврђене исправе.[29] С обзиром на сходну примену одредаба о имовинским односима супружника на имовинске односе чланова породичне заједнице, постоји могућност да и чланови породичне заједнице могу сачинити споразум о деоби заједничке имовине, такође у облику јавнобележнички потврђене исправе.[30] Поједини аутори сматрају да би састављање брачноимовинских уговора требало да буде у домену јавнобележничке делатности, имајући у виду да јавни бележник по закону има функцију и да пружа правну помоћ странкама јер је дужан да странку поучи о садржини и правним последицама намераваног правног посла, али да та надлежност не буде предвиђена као искључива него као алтернативна.[31]

Имајући у виду да је споразум о деоби заједничке имовине предуслов за развод брака на основу споразума, да мора бити сачињен у писменом облику и да је законом предвиђено да се тај споразум уноси у изреку пресуде о споразумном разводу брака[32], питање је да ли и у том случају тај споразум треба да буде сачињен у виду јавнобележнички потврђене исправе или га супружници могу презентирати суду у поступку за споразумни развод брака и без чина солемнизације пред јавним бележником. Тумачењем би се могло закључити да се чин солемнизације предвиђен у случају споразумне деобе заједничке имовине односи само на деобу заједничке имовине током трајања брака или ванбрачне заједнице и на деобу заједничке имовине у случају престанка ванбрачне заједнице, а да приликом поступка развода брака по споразуму суд уноси у изреку пресуде писмени споразум супружника и без чина солемнизације, јер по самом закону тај споразум, као саставни део пресуде о разводу брака, добија снагу извршне исправе. Наиме, од јавнобележничких исправа једино јавнобележнички запис може бити извршна исправа уколико су испуњени услови предвиђени законом.[33] Правним нормама није

[29] ПЗ РС, чл. 179, ст. 2.

[30] ПЗ РС, чл. 195. Тим чланом је дефинисано шта се сматра заједничком имовином чланова породичне заједнице и ко ту заједницу чини. Дакле, заједничка имовина чланова породичне заједнице представља имовину коју су заједно са супружницима односно ванбрачним партнерима стекли радом чланови њихове породице у току трајања заједнице живота у породичној заједници. Члановима породице се у смислу тог члана сматрају крвни, тазбински и адоптивни сродници супружника и ванбрачних партнера који заједно са њима живе.

[31] Јожеф Салма, „Конвергенција европског нотаријалног права", *Зборник ПФНС* 2/2012, 38 и 40.

[32] ПЗ РС, чл. 225, ст. 2.

[33] Небојша Шаркић, Милан Почуча, „Извршно и јавно бележничко (нотарско) право", *Правни живот* 12/2012, 27.

прецизирано да ли би суд у поступку за споразумни развод брака прихватио и унео у изреку пресуде о разводу брака писмени споразум о деоби заједничке имовине сачињен од адвоката или од самих странака и без чина солемнизације. У правној литератури се срећу предлози да надлежност за поступак развода брака по споразуму пређе на јавне бележнике.[34] Међутим, поставља се питање да ли би у случају споразумног развода брака јавни бележник био надлежан само у ситуацијама када супружници немају заједничке деце или у сваком случају, јер би се као спорно питање могло јавити ко би био надлежан да води рачуна о начелу најбољег интереса детета када је реч о споразуму о вршењу родитељског права, уколико супружници имају заједничке деце.

Одредбама о брачном уговору у ПЗ Федерације БиХ прописано је да је за његову пуноважност потребно да исправа буде нотарски обрађена[35], а пошто се на имовинске односе ванбрачних партнера примењују одредбе закона којима се регулише имовински режим супружника[36], значи да је и ванбрачним партнерима омогућено да склапају брачни уговор. У ПЗ Републике Српске одређено је да ће матичар упознати будуће супружнике са могућношћу да своје имовинске односе уреде брачним уговором[37], који мора бити нотарски обрађен.[38] Осим правних послова о регулисању имовинских односа супружника, као и лица која живе у ванбрачној животној заједници, и правни послови о располагању имовином малолетних и пословно неспособних лица морају бити нотарски обрађени јер ће у супротном

[34] Mihajlo Dika, „Izvanparnična i koncilijacijska funkcija javnih bilježnika – *de lege lata* i *de lege ferenda*", *Zbornik PFZ* 59(6)/2009, 1158–1159. У Словенији се такође разматрао предлог да се надлежност у случају споразумног развода брака препусти јавним бележницима. Вид. Весна Ријавец, „Улога нотара у грађанском праву Словеније", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 122. Међутим, овај предлог је у Словенији усвојен у марту 2017. године доношењем новог закона који регулише породичне односе. Вид. Družinski zakonik, *Uradni list Republike Slovenije*, бр. 15/2017, чл. 97.

[35] ПЗ ФБиХ, чл. 258, ст. 2. Нотарске исправе су, према законодавству Федерације БиХ, Републике Српске и Брчко дистрикта БиХ, исправе настале нотарском обрадом, нотарске овере и нотарске потврде (Zakon o notarima Federacije BiH, *Službene novine FBiH*, бр. 45/02, чл. 4, ст. 2; Закон о нотарима Републике Српске, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 86/04, 02/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 60/06, 50/10, 78/11, чл. 4, ст. 2; Zakon o notarima Brčko distrikta BiH, *Službeni glasnik Brčko distrikta BiH*, бр. 9/03, 17/06, чл. 4, ст. 2). У сва три законодавна система, нотарски обрађене исправе, које је нотар сачинио у границама својих службених овлашћења у прописаној форми, имају пуну доказну снагу јавне исправе о изјавама датим пред нотаром.

[36] ПЗ ФБиХ, чл. 263, ст. 2.

[37] ПЗ Р. Српске, чл. 20, ст. 2.

[38] ПЗ Р. Српске, чл. 271, ст. 5.

бити правно ништави.[39] Породичним законодавством Брчко дистрикта прописано је да је за пуноважност брачног уговора неопходно да исправа буде састављена и оверена код надлежног органа или да буде нотарски обрађена[40], с тим што се одредбе о брачном уговору односе и на имовинске односе ванбрачних партнера. Дакле, према породичноправним одредбама у Брчко дистрикту, форма нотарски обрађене исправе за пуноважност брачног уговора алтернативно је прописана. Породично законодавство сва три ентитета пружа могућност да се супружници или ванбрачни партнери споразумеју о деоби заједничке имовине[41], али не прописује форму за сачињавање те врсте споразума. Међутим, из одредаба закона о форми брачног уговора или споразума о издржавању произлази да би се споразум о деоби заједничке имовине ипак могао сачинити само у форми нотарски обрађене исправе.[42]

Одредбама ПЗ Црне Горе прописано је да се брачни уговор сачињава у писменој форми и да мора бити оверен од нотара, који је дужан да пре овере брачним друговима прочита уговор и упозори их да се њиме искључује законски режим заједничке имовине, а право да уговором уреде своје имовинске односе припада и ванбрачним партнерима.[43] Међусобне имовинске односе могу уговором уредити и чланови породичне заједнице. Услови за пуноважност таквог уговора су да буде у писменој форми, да су њиме обухваћени сви чланови породичне заједнице који својим радом учествују у стицању имовине и да буде оверен од нотара.[44] Нотар је приликом овере дужан да прочита уговор и упозори уговорне стране на последице уговора. Међутим, ако у закључењу уговора учествују малолетни чланови породичне заједнице, суд ће пре овере уговора затражити мишљење органа старатељства.[45] Законодавац је вероватно превидео да је надлежност за оверу уговора којим се регулишу имовински односи између чланова породичне заједнице пренета на јавног бележника и да није више у надлежности суда, тако да се вероватно мислило на то да је јавни бележник дужан да пре овере уговора прибави мишљење органа старатељства када малолетни чланови породичне заједнице учествују у закључењу уговора. Одредбама ПЗ Црне Горе о деоби

---

39 ПЗ Р. Српске, чл. 288.

40 ПЗ БД БиХ, чл. 235, ст. 2.

41 ПЗ ФБиХ, чл. 255 и 263, ПЗ Р. Српске, чл. 272. и 284, ПЗ БД БиХ, чл. 232 и 240.

42 Meliha Povlakić, „Nadležnost notara u Bosni i Hercegovini“, *Zbornik PFZ* 63(2)/2013, 263.

43 ПЗ ЦГ, чл. 301, ст. 2.

44 ПЗ ЦГ, чл. 314, ст. 1 и 2.

45 ПЗ ЦГ, чл. 314, ст. 3 и 4.

заједничке имовине није предвиђена надлежност јавног бележника за споразумну деобу, него је само предвиђена могућност да супружници могу заједничку имовину споразумно поделити тако да одреде делове у целокупној имовини или једном делу имовине или на појединој ствари и да сваком супружнику припадну поједине ствари или права из те имовине или да један супружник исплати другом новчану вредност његовог дела, док је за ту врсту споразума обавезна писмена форма.[46] Дакле, довољна је писмена форма, а овера код јавног бележника није потребна.

Што се тиче уговорног уређења имовинских односа брачних другова на постојећој или будућој имовини у Хрватској, брачни уговор се склапа у писменом облику, а потписи брачних другова морају бити оверени код јавног бележника.[47] То значи да брачни уговор могу да сачине и саме уговорне стране или да ангажују адвоката, а потписи уговорних страна морају бити оверени од јавног бележника. Приликом овере потписа, јавни бележник нема обавезу да испитује да ли су странке овлашћене за ту врсту правног посла нити је одговоран за садржину писмена.[48] Ту врсту уговора могу склопити и ванбрачни партнери, имајући у виду да је ванбрачна заједница изједначена са брачном, тако да се одредбе о брачном уговору односе и на уговорно уређење имовинских односа ванбрачних партнера. Према одредбама ОЗ, међу надлежностима јавног бележника у Хрватској за ту врсту правног посла није предвиђена и његова обавеза да упозори уговорне стране на то да се тиме искључује законски режим заједничке имовине. Такво законско решење подразумева или ангажовање адвоката за састављање брачног уговора или правничко предзнање уговорних страна и свакако искључује бригу о интересима обе уговорне стране. Међутим, ако је брачни друг лишен пословне способности за склапање ванредних имовинских правних послова, у његово име брачни уговор може склопити његов старатељ уз претходно одобрење центра за социјални рад.[49] У том случају, брачни уговор мора бити закључен у облику јавнобележничког акта (јавнобележенички запис).[50] Дакле, надлежност јавног бележника

46 ПЗ ЦГ, чл. 293.

47 ОЗ, чл. 40, ст. 3.

48 Zakon o javnom bilježništvu – ЗЈБ РХ, *Narodne novine*, бр. 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, 120/16, чл. 77, ст. 4.

49 ОЗ, чл. 41, ст. 1.

50 ОЗ, чл. 41, ст. 2. Закон о јавном биљежништву РХ у члану 3. дефинише и набраја врсте јавнобележничких исправа. Јавнобележничке исправе су исправе о правним пословима и изјавама које су саставили јавни бележници (јавнобележнички акт), записници о правним радњама које су обавили или којима су били присутни јавни бележници (јавнобележнички записници) и потврде о чињеницама које су посведочили јавни бележници (јавнобележничка потврда).

за састављање брачног уговора предвиђена је искључиво у оним ситуацијама када је један од брачних другова лишен пословне способности за склапање ванредних имовинских правних послова и услед тога не може да схвати значај и правне последице тог уговора, те је јавни бележник овлашћен да га сачини, а старатељ, као законски заступник странке, има обавезу да се савесно брине о личним и имовинским правима и обавезама штићеника и о његовој добробити.[51] То значи да форма за сачињавање брачног уговора зависи од тога да ли су уговорне стране пословно способне или не. Такође, треба имати у виду да су и адвокати овлашћени да остварују и штите права и правне интересе својих странака.[52] Међутим, законодавац је пошао од тога да се приликом сачињавања те врсте уговора код адвоката не може постићи исти ниво правне сигурности као када то чини јавни бележник јер је законом изричито предвиђено да јавни бележник приликом састављања јавнобележничког акта мора, ако је то могуће, не само да испита да ли су странке способне и овлашћене да предузимају и склапају посао већ и да им објасни смисао и последице посла и да се уверити о њиховој правој и озбиљној вољи.[53]

У Хрватској је одредбама ОЗ предвиђена одређена надлежност јавног бележника и за уговор о управљању заједничком имовином, тако што је за ванредне послове на непокретним и покретним стварима које се уписују у јавни регистар[54] потребно заједничко предузимање посла или писмена сагласност другог супружника са овером потписа код јавног бележника.[55] Хрватским законодавством је предвиђено и да се укњижба права својине на заједничкој имовини коју представља некретнина односно непокретна ствар може извршити и на основу предлога оба супружника који садржи изричиту, писмену и безусловну изјаву којом један супружник пристаје на укњижбу права својине другог супружника у једнаким деловима или другачије, ако су тако уговорили, док на исправи која садржи такву изјаву потпис супружника који пристаје на укњижбу права својине другог супружника мора бити оверен код јавног бележника.[56]

---

[51] ОЗ, чл. 252, ст. 1.

[52] Zakon o odvjetništvu, *Narodne novine*, бр. 09/94, 117/08, 50/09, 75/09, 18/11, чл. 1.

[53] ЗЈБ РХ, чл. 57.

[54] Такви послови су промена намене ствари, већих поправки, доградње, надоградње, преуређења, отуђења целе ствари, давања целе ствари у закуп или најам на дуже од једне године, успостављања хипотеке на целој ствари, давања покретне ствари у залог, успостављања стварних и личних службености, стварног терете или права грађења на целој ствари.

[55] ОЗ, чл. 37, ст. 2.

[56] ОЗ, чл. 36, ст. 4 и 5.

2.3. Овлашћења јавног бележника у личноимовинским породичним односима

Надлежност јавног бележника у личноимовинским односима у породичном праву Србије предвиђена је и у начину одређивања издржавања, тако да се споразуми о законском издржавању закључују у облику јавнобележничког записа.[57] Јавнобележнички запис је извршна исправа ако је у њему утврђена одређена обавеза на чинидбу о којој се странке могу споразумети и ако садржи изричиту изјаву обавезаног лица о томе да се на основу те исправе може, ради остварења дуговане чинидбе, по доспелости обавезе непосредно спровести принудно извршење.[58]

Преднацртом Грађанског законика предвиђено је да се поверилац и дужник могу споразумети о висини доприноса за издржавање и о начину давања издржавања, а споразум који је сачињен у писменој форми пред органом старатељства, оверен у суду или код јавног бележника, има снагу извршне исправе.[59] Том одредбом се надлежност у поступку овере опет враћа на судове, те је надлежност јавног бележника успостављена као алтернативна. Међутим, када је реч о споразумном разводу, Преднацртом је предвиђено да супружници имају право на развод брака ако закључе писмени споразум о разводу[60], који, између осталог, садржи и споразум о дечјем и супружанском издржавању, тако да је у том случају писмена форма закључења споразума довољна. Редактори Преднацрта су сматрали да је у овом случају сасвим довољно то што је предвиђена писмена форма, имајући у виду да се такав споразум уноси у изреку пресуде о разводу брака и да је суд дужан да води рачуна о усклађености одредаба споразума супружника са одредбама закона и са начелом најбољег интереса детета.

Важећим ПЗ Србије није прецизирано између којих лица се споразуми о законском издржавању закључују у облику јавнобележничког записа, па се тумачењем може закључити да се у сваком

[57] ПЗ РС, чл. 161, ст. 3. Јавнобележнички запис представља исправу о правним пословима и изјавама које су саставили јавни бележници (ЗЈБ, чл. 6). У јавнобележничке исправе, осим јавнобележничког записа, спадају и записници о правним и другим радњама које су обавили или којима су присуствовали јавни бележници (јавнобележнички записници) и потврде о чињеницама које су посведочили јавни бележници (јавнобележничке потврде), нејавне исправе које су потврдили јавни бележници (јавнобележничка солемнизација) и нејавне исправе у којима је јавни бележник оверио потпис, односно аутентичност преписа, превода или извода (јавнобележничке овере).

[58] ЗЈБ РС, чл. 85, ст. 1. Ако принудно извршење не спроводи суд, јавнобележнички запис мора имати и друге посебне елементе предвиђене законом.

[59] ПГЗ РС, чл. 2395.

[60] ПГЗ РС, чл. 2254.

случају споразуми о законском издржавању закључују у том облику, те и у споразумном разводу. С обзиром на то да се такви споразуми сачињавају у форми јавнобележничких записа, који немају аутоматски снагу извршне исправе него под условима предвиђеним ЗЈБ, онда се могу увидети одређени недостаци у изменама ПЗ, које су уследиле након увођења установе јавног бележника у правни систем Србије. Имајући у виду да се у изреку пресуде о разводу брака по предлогу за споразумни развод уноси и споразум супружника о вршењу родитељског права, уколико суд процени да је такав споразум у најбољем интересу детета, да споразум о самосталном вршењу родитељског права обухвата споразум родитеља и о висини доприноса за издржавање детета од другог родитеља[61] и да је дужност суда да се у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права увек руководи најбољим интересом детета, поставља се питање на који начин ће се пред јавним бележником склопити споразум између родитеља о законском издржавању детета ако није изричито предвиђена обавеза јавног бележника да се руководи најбољим интересом детета. Остаје нејасно да ли се у одредби којом се прописује да се у облику јавнобележничког записа сачињава споразум о законском издржавању у складу са законом, одредница „у складу са законом" односи на то да јавни бележник ипак има обавезу да се руководи начелом најбољег интереса детета. Наиме, одредбама Закона о парничном поступку Србије предвиђено је да судије које суде у првом и другом степену у парничном поступку у вези са породичним односима морају бити лица која су стекла посебна знања из области права детета[62], што није случај и са јавним бележницима, који нису у обавези да стекну таква знања. Стога ће суд имати дужност да се, у поступку за развод брака на основу споразума о разводу брака, приликом одлучивања о вршењу родитељског права, руководи најбољим интересом детета и обавезу да се приликом уношења споразума о законском издржавању у изреку те пресуде руководи најбољим интересом детета. Поставља се питање да ли то значи да је могућа ситуација да споразум о законском издржавању сачињен у облику јавнобележничког записа не буде прихваћен од суда у случају да није у најбољем интересу детета.

Ако је у питању поступак за развод брака по тужби, поступак посредовања се редовно спроводи уз поступак развода брака по тужби једног од супружника ако супружници на то пристану, због чега може доћи до нагодбе у поступку посредовања, а суд односно установа којој је поверен поступак посредовања настојаће да супружници постигну споразум о вршењу родитељског права и споразум о деоби

[61] ПЗ РС, чл. 225, ст. 1 и чл. 78, ст. 1.

[62] Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014, чл. 35, ст. 5.

заједничке имовине.[63] Из одредаба Закона о посредовању у решавању спорова Србије произлази да у случају поступка посредовања за споразум о законском издржавању детета који је део споразума о самосталном вршењу родитељског права неће бити обавезна форма јавнобележничког записа, као ни чин солемнизације за споразуме о деоби заједничке имовине јер се споразум о решавању спора путем посредовања уноси у пресуду о разводу или поништењу брака, а може имати снагу извршне исправе ако садржи клаузулу извршности односно изјаву дужника да пристаје да поверилац на основу тог споразума након доспелости потраживања може покренути поступак принудног извршења и ако су потписи странака и посредника оверени од суда или јавног бележника.[64] У породичним споровима посредник је, између осталог, дужан да поступа у складу са начелом заштите најбољег интереса детета[65], за разлику од јавног бележника за које таква врста обавезе није прописана.

Породично законодавство БиХ на различите начине регулише питање издржавања и споразума о издржавању, тако да постоје разлике и у надлежности јавног бележника. У Федерацији БиХ, одредбама ПЗ је предвиђено да ће у поступку за издржавање суд утврдити укупан износ средстава потребних за издржавање[66], тако да је за одређивање издржавања ипак предвиђена примарна надлежност суда, без обзира на то о којој је врсти законског издржавања реч.[67] Ако је реч о издржавању деце, орган старатељства ће, водећи рачуна о добробити детета, настојати да се родитељи споразумеју о висини, односно о већем доприносу за издржавање детета када то захтевају повећане потребе детета или то омогућавају боље материјалне прилике родитеља дужника издржавања. Такав споразум родитељи могу закључити и пред нотаром у форми нотарски обрађене исправе, коју је нотар дужан да достави органу старатељства и који има снагу извршне исправе[68], што представља добро решење. Из законске формулације се, такође, види да је форма нотарски обрађене исправе само једна од могућности, али није прецизирано у којем би још облику тај споразум могао бити закључен.[69] Уколико је реч о

63 ПЗ РС, чл. 230. ст. 1, чл. 241 и 243. Посредовање у брачном спору се не спроводи ако један од супружника не пристане на посредовање, ако је један од супружника неспособан за расуђивање, ако је боравиште једног од супружника непознато и ако један или оба супружника живе у иностранству (чл. 230, ст. 2 ПЗ РС).

64 Закон о посредовању у решавању спорова – ЗПРС РС, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014, чл. 27.

65 ЗПРС РС, чл. 34, ст. 1, тач. 2.

66 ПЗ ФБиХ, чл. 235.

67 M. Povlakić, 262.

68 ПЗ ФБиХ, чл. 238.

69 M. Povlakić, 262.

другим врстама издржавања, у ПЗ Федерације БиХ није директно предвиђено да се издржавана особа и дужник издржавања могу споразумети о висини издржавања, али се то може посредно закључити из одредбе[70] да издржавано лице, као и дужник издржавања, могу да траже да суд повећа, снизи или укине издржавање које је досуђено ранијом правноснажном пресудом или споразумом постигнутим пред органом старатељства или у форми нотарски обрађене исправе, ако су се промениле околности на основу којих је донета ранија пресуда или споразум.[71] Дужник издржавања може пред судом, нотаром, органом старатељства или послодавцем и другим исплатиоцем дати пристанак да се износи одређени за издржавање исплаћују из плате или других сталних новчаних примања директно особи која је у одлуци суда означена као прималац издржавања, без спровођења извршног поступка.[72] Исту такву одредбу садржи и ПЗ Брчко дистрикта БиХ.[73] Она представља веома напредно решење, којим се растерећују судови, а право на издржавање остварује брже, ефикасније и знатно једноставније. Породичним законодавством Републике Српске је, такође, предвиђено да ће орган старатељства настојати да се родитељи споразумеју о издржавању детета односно о повишењу доприноса за издржавање детета када то захтевају повећане потребе детета или то омогућавају боље материјалне прилике родитеља, а такав споразум има снагу извршне исправе.[74] Међутим, у тој ситуацији није предвиђена могућност да се споразум закључи пред нотаром.

Хрватски ОЗ садржи одредбу према којој дужник издржавања може у записник на рочишту пред судом или посебном овереном исправом дати сагласност да се ради наплате повериоца издржавања заплене његова плата, пензија или слично новчано примање, у целини или делимично, и да се исплате врше директно повериоцу издржавања на начин одређен у тој исправи, која има правну снагу правноснажног решења о извршењу.[75] Исправу са снагом доставе решења о извршењу послодавцу доставља дужник или поверилац издржавања препорученом поштанском пошиљком с повратницом или посредством јавног бележника.[76] Када су у питању споразуми о издржавању, одредбама ОЗ је предвиђена могућност да брачни другови склопе споразум о издржавању у случају развода брака, при чему се могу споразумети о висини издржавања, начину издржавања,

[70] *Ibid*., 263.

[71] ПЗ ФБиХ, чл. 245, ст. 1.

[72] ПЗ ФБиХ, чл. 371, ст. 1.

[73] ПЗ БД БиХ, чл. 216 и чл. 222.

[74] ПЗ Р. Српске, чл. 257, ст. 1 и 2.

[75] ОЗ, чл. 528, ст. 1.

[76] ОЗ, чл. 528, ст. 2.

испуњавању обавезе и трајању и престанку обавезе издржавања.[77] Споразум може бити склопљен у писменом облику, а брачни другови могу предложити да суд у ванпарничном поступку одобри споразум како би стекао својство извршне исправе.[78]

Породичним законодавством Црне Горе није предвиђена могућност склапања споразума о издржавању пред јавним бележником. Регулисано је једино да споразум о самосталном вршењу родитељског права обухвата споразум родитеља о поверавању заједничког детета једном родитељу, споразум о висини доприноса за издржавање детета од другог родитеља и споразум о начину одржавања личних односа детета са другим родитељем.[79]

У породичном законодавству појединих држава надлежност јавног бележника је предвиђена и одредбама које уређују поступак склапања брака, остваривање родитељског старања или лишења пословне способности. На пример, породичним законодавством Републике Српске предвиђено је да у нарочито оправданим случајевима надлежни општински орган управе може решењем дозволити да се брак закључи уз присуство само једног од будућих брачних супружника и пуномоћника другог брачног супружника, с тим што се пуномоћ мора оверити или пред судом или пред јавним бележником.[80]

У Хрватској, према одредби ОЗ о пријави намере склапања брака, одговарајућим доказом о непостојању другог брака сматра се и изјава дата под материјалном и кривичном одговорношћу пред јавним бележником или пред матичаром којем се пријављује намера склапања брака, а јавни бележник, односно матичар дужан је да ту особу упозори на правне последице давања изјаве. Брачност као брачна сметња се иначе доказује изводом из матичне књиге рођених, а такво решење је уведено, претпостављам, ради убрзања процедуре доказивања да су испуњени услови за склапање пуноважног брака, имајући у виду да подаци у матичним књигама нису увек ажурирани или, ако матичне књиге нису у облику централизованог регистра, како би се избегла ситуација да се због неажурности матичних књига омогући склапање брака за који би касније могло да се утврди да је ништав. Одредбама ОЗ о породичном дому и заштити права на становање прописано је да брачни друг не сме за време трајања брака отуђити или оптеретити породичну кућу или стан који представља заједничку имовину, а уједно је и породични дом у којем станују други брачни друг и њихова деца над којом остварују родитељско старање, без писмене сагласности другог брачног друга с

77 ОЗ, чл. 302, ст. 1 и 2.

78 ОЗ, чл. 302, ст. 3.

79 ПЗ ЦГ, чл. 79, ст. 1.

80 ПЗ Р. Српске, чл. 23, ст. 1 и 3.

овером потписа код јавног бележника.[81] Исто тако, ако је један брачни друг најмопримац стана у којем брачни другови станују заједно са децом над којом остварују родитељско старање, он не може отказати уговор о најму стана без писмене сагласности другог брачног друга с овером потписа код јавног бележника, осим ако је реч о службеном стану у складу са прописима.[82] Тим одредбама се постиже примена начела најбољег интереса детета, које се огледа у вишем нивоу сигурности да дом у којем и дете станује неће бити отуђен или оптерећен услед одлуке само једног родитеља, који не води рачуна о интересима детета или, на пример, у моменту такве одлуке може бити под дејством алкохола, психоактивних супстанци или приморан на то због коцкарских дугова. У остваривању родитељског старања у Хрватској, оба родитеља сагласно или родитељ који сам остварује родитељско старање о детету могу свакодневно старање о детету, укључујући смештај, привремено поверити особи која испуњава претпоставке које су одредбама ОЗ прописане за старатеље. Ако се свакодневно старање о детету поверава на период дужи од 30 дана, потпис родитеља на изјави мора бити оверен код јавног бележника.[83] Родитељ који има родитељско старање, такође, може за живота у тестаменту или у облику јавнобележничке исправе (антиципирана наредба) да именује особу за коју сматра да би се у случају његове смрти најбоље старала о детету.[84] Када је у питању поступак за лишење пословне способности у Хрватској, ако је особа над којом се води поступак за лишење пословне способности у облику јавнобележничке исправе одредила особу за коју жели да је заступа у том поступку (антиципирана наредба), центар за социјални рад ће ту особу именовати за посебног старатеља ако испуњава и остале претпоставке за именовање старатеља.[85] Центар за социјални рад ће и у случају да је особа лишена пословне способности, пре лишења, у облику јавнобележничке исправе одредила једну или више особа за које би хтела да се именују за њене старатеље, као и особе за које би хтела да се именују као њихови заменици (антиципирана наредба), именовати те особе за старатеља односно заменика старатеља ако су испуњене и друге претпоставке за именовање старатеља.[86] Што се тиче одлука суда о здрављу штићеника, према породичном законодавству

[81] ОЗ, чл. 32, ст. 2.

[82] ОЗ, чл. 32, ст. 3.

[83] ОЗ, чл. 102.

[84] ОЗ, чл. 116, ст. 5. Центар за социјални рад је дужан да поштује на тај начин изражену жељу родитеља о избору особе за старатеља, ако су испуњене претпоставке за именовање старатеља детету и ако то није у супротности са добробити детета. ОЗ, чл. 225, ст. 3.

[85] ОЗ, чл. 236, ст. 6.

[86] ОЗ, чл. 247, ст. 5.

Хрватске, суд може у ванпарничном поступку, на предлог штићеника који је у том делу лишен пословне способности или на предлог старатеља, донети решење о стерилизацији штићеника, донирању ткива и органа штићеника и о мерама за одржавање штићеника у животу. Међутим, ако је штићеник у време док је био пословно способан у облику јавнобележничке исправе одлучио о наведеним поступцима и мерама (антиципирана наредба), решење суда није потребно[87] и суд ће одбацити предлог за доношење решења о здрављу штићеника.[88] У поступку за именовање старатеља, право на жалбу против решења о именовању старатеља има и особа коју је штићеник, у облику јавнобележничке исправе, док још није био лишен пословне способности, одредио као особу за коју би хтео да буде именована за старатеља (антиципирана наредба), те особа која је именована за старатеља.[89]

3. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Неспорно је да је поновно увођење установе јавног бележника у правни систем Србије донело одређене новине и позитивне помаке, имајући у виду да се преносом надлежности са судова на јавне бележнике, као повеpенике суда, доприноси растерећењу судова, а самим тим и убрзању и поједностављењу поступака који не захтевају обавезно учешће судова. Међутим, у овлашћењима јавног бележника у породичноправним стварима спорно је пре свега питање форме и врсте исправе коју јавни бележник мора да састави у поступку давања изјаве о признању очинства.

Осим тога, није довољно јасно прецизирано да ли је надлежност јавног бележника обавезна и у случају споразума о законском издржавању и споразума о деоби заједничке имовине, који су супружници постигли у поступку посредовања, који претходи поступку за развод брака. Одредбама ПЗ је предвиђено да супружници могу у поступку посредовања постићи и споразум о вршењу родитељског права, који укључује и споразум о издржавању деце, и споразум о деоби заједничке имовине. Наиме, иако је одредбама ПЗ предвиђено да се ти споразуми састављају у форми јавнобележничког записа односно јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе, из одредаба Закона о посредовању у решавању спорова може се закључити да таква форма није обавезна имајући у виду да се споразум о решавању спора путем посредовања уноси у пресуду о разводу или

[87] ОЗ, чл. 260.

[88] ОЗ, чл. 504, ст. 3.

[89] ОЗ, чл. 278, ст. 2.

поништењу брака, а може имати снагу извршне исправе ако садржи клаузулу извршности односно изјаву дужника да пристаје да поверилац на основу тог споразума након доспелости потраживања може покренути поступак принудног извршења и ако су потписи странака и посредника оверени од суда или од јавног бележника.

Следећи проблем се јавља у случају споразумног развода брака за који је претпоставка да су супружници постигли писмени споразум о вршењу родитељског права, укључујући и споразум о издржавању детета и о деоби заједничке имовине. Да ли је и за те споразуме и у тој ситуацији обавезна надлежност јавног бележника, имајући у виду да је суд по службеној дужности дужан да процењује да ли је споразум у складу са законом и начелом најбољег интереса детета у делу који се тиче деце? Било би исправно тумачити да нема потребе да се укључује надлежност јавног бележника у таквим случајевима, када је надлежан суд и када се ти споразуми уносе у изреку пресуде, чиме њихов споразум стиче снагу извршне исправе, иако би се учешћем јавног бележника допринело убрзању поступка јер би странке односно супружници пре рочишта за споразумни развод брака постигли споразум о тим питањима пред јавним бележником, имајући при томе у виду да се чином солемнизације постиже већа правна снага у доказном праву, а тиме се доприноси и већој правној сигурности.

Ако родитељи у спору за вршење родитељског права нису закључили споразум о вршењу родитељског права или суд процени да њихов споразум није у најбољем интересу детета, одлуку о поверавању заједничког детета једном родитељу, о висини доприноса за издржавање од другог родитеља и начину одржавања личних односа детета са другим родитељем доноси суд.[90] Дакле, и из те одредбе произилази недоумица да ли споразум о законском издржавању детета треба да буде сачињен пред јавним бележником јер је суд свакако дужан да о томе одлучи било да споразума нема или да он није у најбољем интересу детета.

У свим тим случајевима када се одлучује о правима детета, а предвиђена је надлежност јавног бележника, питање је ко је дужан да води рачуна о најбољем интересу детета јер позитивним правом Србије није предвиђена обавеза јавног бележника да води рачуна о најбољем интересу детета, а није прописано ни да је неопходно да буде посебно квалификован да то процењује, као што је случај са судијама и посредницима.

[90] ПЗ РС, чл. 272.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Цвејић Јанчић, О., *Породично право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2009. (Cvejić Jančić, O., *Porodično pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2009)

Dika, M., „Izvanparnična" i koncilijacijska funkcija javnih bilježnika – *de lege lata* i *de lege ferenda*", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 59(6)/2009.

Дракић, Г., „Нормативно уређење установе јавног бележништва у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца (Краљевини Југославији)", *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 48(4)/2014. (Drakić, G., „Normativno uređenje ustanove javnog beležništva u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca (Kraljevini Jugoslaviji)", *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 48(4)/2014)

Драшкић, М., *Породично право – Приручници за полагање правосудног испита, књига 7*, Службени гласник, Београд 2016. (Draškić, M., *Porodično pravo – Priručnici za polaganje pravosudnog ispita, knjiga 7*, Službeni glasnik, Beograd 2016)

Ђурђевић, Д., *Јавнобележничка делатност*, Београд 2014. (Đurđević, D., *Javnobeležnička delatnost*, Beograd 2014)

Ђурђевић, Д., „Правни положај нотара у европским правним порецима и у српском праву", *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (ур. С. Лилић), Београд 2011. (Đurđević, D., „Pravni položaj notara u evropskim pravnim porecima i u srpskom pravu", *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (ur. S. Lilić), Beograd 2011)

Кнежић Поповић, Д., „Правна природа јавног бележништва", *Правни записи* 2/2010. (Knežić Popović, D., „Pravna priroda javnog beležništva", *Pravni zapisi* 2/2010)

Korać, V., „Notarial Form Ad Solemnitatem in Montenegrin Law", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2016.

Krešić, M., „Zakon o javnim bilježnicima Kraljevine Jugoslavije iz 1930.: sudjelovanje javnog bilježnika u ostavinskom postupku – iskustva iz prošlosti", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 63(2)/2013.

Мојовић, И., „Нотарска јавна извршна исправа", *Правни живот* 12/2011. (Mojović, I., „Notarska javna izvršna isprava", *Pravni život* 12/2011)

Povlakić, M., „Nadležnost notara u Bosni i Hercegovini", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 63(2)/2013.

Радић, Д., *Имовински односи у браку*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2016. (Radić, D., *Imovinski odnosi u braku*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka 2016)

Ријавец, В., „Улога нотара у грађанском праву Словеније", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010. (Rijavec, V., „Uloga notara u građanskom pravu Slovenije", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2010)

Салма, Ј., „Конвергенција европског нотаријалног права", *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 2/2012. (Salma, J., „Konvergencija evropskog notarijalnog prava", *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2012)

Стојановић, Н., Евтимов, И., „Улога јавних бележника у породичноправним стварима у Републици Србији – са посебним освртом на јавнобележничку праксу", *Правни живот* 12/2017. (Stojanović, N., Evtimov, I., „Uloga javnih beležnika u porodičnopravnim stvarima u Republici Srbiji – sa posebnim osvrtom na javnobeležničku praksu", *Pravni život* 12/2017)

Шаркић, Н., Почуча, М., „Извршно и јавно бележничко (нотарско) право", *Правни живот* 12/2012. (Šarkić, N., Počuča, M., „Izvršno i javno beležničko (notarsko) pravo", *Pravni život* 12/2012)

Трговчевић Прокић, М., *Овлашћења јавног бележника*, Службени гласник, Београд 2009[2]. (Trgovčević Prokić, M., *Ovlašćenja javnog beležnika*, Službeni glasnik, Beograd 2009[2])

Трговчевић Прокић, М., „Јавнобележнички запис и солемнизација", *Правни живот* 12/2017. (Trgovčević Prokić, M., „Javnobeležnički zapis i solemnizacija", *Pravni život* 12/2017)

Вулетић В., „Латински нотаријат: темељи и изградња", *Правни живот* 12/2012. (Vuletić V., „Latinski notarijat: temelji i izgradnja", *Pravni život* 12/2012)

Živković, V., Živković, M., „O uvođenju javnog beležništva u Srbiji", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 63(2)/2013.

Melanija Jančić, PhD

Assistant Professor
Educons University, Faculty of European Legal and Political Studies
in Novi Sad

POWERS OF A NOTARY PUBLIC IN SERBIAN FAMILY LAW WITH COMPARATIVE OVERVIEW

Summary

The institution of the notary public is not a novelty in the Republic of Serbia, having in mind that the normative regulation of this activity dates back to 1930 when the Public Notaries Act of the Kingdom of Yugoslavia was enacted. However, there were several attempts and efforts to reintroduce this institution in the current Serbian legal system, but without success, until recently. Although the Public Notaries Act of the Republic of Serbia was adopted in 2011, its implementation has been delayed until September 2014 and has so far undergone several amendments. After re-establishing the jurisdiction of the notary public in the Serbian legal system, amendments to domestic family law legislation, in which the institution of notary public is incorporated, were followed by specifying its jurisdiction in family law. Therefore, the importance of the introduction and legal regulation of the institution of notary public is undeniable, given the number of novelties in terms of transferring jurisdiction from courts to notaries public, which should lead to greater procedural efficiency and which would certain procedures and formalities made easier. In this paper, the provisions on jurisdiction of the notary public in family law of Croatia, Montenegro and Bosnia and Herzegovina will also be analysed.

Key words: *Notary public. – Postnuptial agreement. – Acknowledgment of paternity. – Maintenance agreement. – Solemnization.*

Article history:
Received: 21. 4. 2017.
Accepted: 10. 9. 2018.

УДК 341.217

CERIF: S150

Др Владимир Атељевић*

ОДНОС УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА И ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ: МУЛТИЛАТЕРАЛНИ ПРАГМАТИЗАМ У ОЧУВАЊУ МИРА И БЕЗБЕДНОСТИ

Давно научене лекције о Европској унији (ЕУ) говоре да то није организација чврсте моћи (hard power). Та чињеница ни по чему не умањује вредност ни значај њеног постојања. Штавише, двадесет осам држава чланица у највећем броју области деловања виде ЕУ као најбољи формат да се заједничком акцијом уради више и делотворније него појединачним напорима чланица. Поједностављено говорећи, за своје чланице ЕУ је јача као целина него као пуки збир делова. Истовремено, поменутих двадесет осам држава појединачно или групно се суочава са скупом заједничких изазова, ризика и претњи по европску безбедност. Те групе разлога мотивишу ЕУ да дефинише заједничке спољнополитичке и безбедносне приоритете, а један од основних је мултилатерализам у деловању. За ауторе и доносиоце Глобалне стратегије ЕУ, као спољнополитичке и безбедносне стратегије, то је један од начина да се ЕУ у међународним односима учини утицајном и да се достигну њени циљеви међународног деловања наведени у члану 2 Лисабонског уговора. У средишту таквог система су Уједињене нације (УН) и то се потврђује у тексту Глобалне стратегије ЕУ.[1]

Да ли заиста односи ЕУ и УН садрже потенцијал мултипликације утицаја, али и платформу за остваривање циљева обе организације на међународној сцени, и како ти односи изгледају у савременој и историјској ретроспективи основни су предмет и садржај овог текста.

Кључне речи: *Међународне организације. – Мировне мисије. – Мирно решавање спорова. – Мултилатерализам. – Европска унија. – Уједињене нације.*

* Аутор је члан Преговарачког тима за вођење преговора о приступању Републике Србије Европској унији, *vladimir.ateljevic@gmail.com*.

[1] Министарство спољних послова Републике Србије, Институт за европске студије, Центар за међународне и безбедносне послове – ISAC фонд, Заједничка визија, удружено деловање: јача Европа – Глобална стратегија за спољну и безбедносну политику ЕУ, Београд 2016, *https://www.isac-fund.org/wp-content/uploads/2017/03/The-New-EU-Global-Strategy.pdf*, 25. март 2017.

1. УВОД

„Уколико жели да буде утицајна, Европској унији је неопходан свет којим управља свеобухватан ефективан мултилатерални систем. То значи да ЕУ жели да види јаке међународне организације, нарочито оне којима је поверено управљање миром и безбедношћу, и које делују у обавезујућем вишестрано договореном режиму који би био ефективан у борби против глобалних изазова."[2]

Ове речи некадашњег директора Института ЕУ за безбедносне студије и данас су актуелне, а мултилатерализам је једно од основних начела међународног деловања ЕУ у њеној *Глобалној стратегији*. Мултилатерализам заснован на правилима и међународни систем у чијој су основи снажне међународне институције у највећем су интересу ЕУ.[3]

„ЕУ ће тежити јаким Уједињеним нацијама, као стубу мултилатералног поретка заснованог на правилима, и развијању глобално координисаних одговора у сарадњи са међународним и регионалним организацијама, државама и невладиним актерима."

Када је реч о питањима очувања међународног мира и безбедности, у средишту таквог система налазе се УН. Шта то конкретно значи за ЕУ, могуће је установити на основу досадашње праксе сарадње и на основу тумачења Повеље УН.

На основу праксе и тумачења улоге коју међународне организације могу имати у питањима међународног мира и безбедности, према Повељи УН, могуће је рећи да се однос између ЕУ и УН одвија у три основне правне и политичке равни[4]:

1. на основу Повеље УН која у Глави VIII дефинише однос са регионалним споразумима и аранжманима (чл. 52 и 53),
2. у сарадњи ЕУ са УН учешћем у мировним мисијама и операцијама,
3. у оквиру мирног решавања спорова према Глави VI (чл. 33), што је посебно значајно за ЕУ као регионалну организацију.

---

[2] Giovanni Grevi, Alvaro de Vasconcelos, *Partnerships for Effective Multilateralism*, EU Institute for Security Studies, Paris 2008, 24 и 25.

[3] Balazs Ujvari, „The Global Strategy – reinvigorating the EU's multilateral agenda?", *Security Policy Brief* 69/2016, 1.

[4] Посебно је важно истаћи и због чега се то питање разматра у сва три аспекта јер ЕУ тражи своју улогу и место у сваком од три поменута аспекта.

2. ЕВРОПСКА УНИЈА И ГЛАВА VIII ПОВЕЉЕ УН

Прво и основно питање које се поставља јесте да ли се ЕУ може сматрати регионалном организацијом у смислу чл. 52 и 53 Главе VIII Повеље УН. Тачније, да ли ЕУ можемо посматрати и као регионалну безбедносно-политичку организацију која се бави питањима очувања међународног мира и безбедности? Поставља се и питање може ли Савет безбедности УН искористити ЕУ као регионалну организацију за неку од принудних акција.

Питање правног и фактичког примата у односима универзалне и регионалних организација од самог почетка међународног организовања игра веома важну улогу, посебно у домену безбедности и одбране. Такве организације су постојале и у 19. и у 20. веку, а одговарајуће примере представљају Света алијанса или Међународна унија америчких република.[5] Настанак Друштва народа, као универзалне и глобалне међународне организације, није довело у питање постојање таквих регионалних аранжмана и (или) организација већ је поставило питање коегзистенције универзалне са регионалним организацијама нарочито када потоње делују у истим или сличним областима. Отуда је у чл. 21 Пакта Друштва народа постојала одредба која је упућивала на коегзистенцију свих регионалних аранжмана, принципа, доктрина и организација. Друштво народа је препознало иницијативе и савезе као што су Балканска антанта, Локарно споразум и, што је за процес европске интеграције још значајније, Бријанов предлог за формирање Европске уније.[6]

Настанком УН реактуелизовано је питање односа регионалних аранжмана и универзалне међународне организације. Новина коју је донела Повеља УН јесте Глава VIII и јасна подела посла и одговорности између Савета безбедности и тих организација тако да се не доведе у питање примарна мисија УН у очувању међународног мира и безбедности, али и да се не угрози деловање етаблираних регионалних организација. Стога се чланом 52 утврђује следеће правно стање:

> *Ништа у Повељи неће онемогућити постојање регионалних аранжмана или агенција за бављење питањима која се односе на одржавање међународног мира и безбедности у оквиру регионалних активности уколико су такви аранжмани или агенције и њихове активности у складу са циљевима и начелима Уједињених нација.*

---

[5] Philippe Sands, Pierre Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, Sweet and Maxwell, 2009[6], 151.

[6] *Ibid*., 151.

У том смислу Повеља оставља могућност оснивања и деловања регионалних организација на три начина:

1. као безбедносних организација колективне/заједничке одбране, у складу са правом на самоодбрану (чл. 51 Повеље УН);
2. као организација које Савет безбедности може овластити да изврше конкретну принудну акцију[7] како би се применила одлука (резолуција) донета у контексту Главе VII[8] Повеље УН и
3. као организација које могу деловати са циљем мирног решавања спорова, нарочито у споровима локалног карактера или уз мандат Савета безбедности УН.[9]

Када је реч о прва два вида деловања, илустративан је пример НАТО и ЕУ, као две организације европске безбедности. У оснивачком акту, НАТО се не позива на Главу VIII већ се оснива као организација колективне одбране која је загарантована чланом 51. Логика оснивача је била таква да се НАТО оснива да би се супротставио Источном блоку у случају напада са Истока у време Хладног рата. Било би у најмању руку парадоксално да сваку евентуалну употребу силе од НАТО-а претходно одобри Савет безбедности у којем седи СССР.[10] Крај Хладног рата и промена система међународних односа доносе нову праксу и нове разлоге постојања и деловања (*raison d'être*). НАТО почиње да делује као регионални аранжман у смислу Главе VIII. Без обзира на мишљење једне групе аутора да се НАТО не може сматрати регионалном организацијом у смислу Главе VIII, пракса је, чини се, дематовала то теоријско становиште јер је Резолуцијом 787 Савета безбедности УН НАТО доводен у позицију регионалне организације. Још прецизније, четири су операције на простору бивше Југославије у којима је НАТО учествовао примењујући одлуке Савета безбедности, што ће рећи на основу члана 53. То су следеће операције[11]: *Operation Maritime Monitor*, *Operation Sharp Guard*, *Deny Flight* и *Close Air Support*. Уопштено, након краја Хладног рата, Савет безбедности је постао знатно оперативнији у ауторизацији

7 David Schweigman, *Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter: Legal Limits and the Role of the International Court of Justice*, Kluwer Law International, Boston, Massachusetts 2001, 41.

8 Акције у случају претње миру, повреде мира и аката агресије.

9 О односу УН и ЕУ у мирном решавању спорова више у поднаслову 3.

10 Обрад Рачић, *Уједињене нације између моћи и права*, Службени гласник, Београд 2010, 51.

11 D. Schweigman, 103.

регионалних организација у примени мера принуде, па и употребе силе, што се огледа у већем броју донетих резолуција које пружају основ ангажовања регионалних организација од случаја до случаја.

Занимљиво је да је, ступањем на снагу Лисабонског споразума, ЕУ постала организација колективне одбране, али не формално и правно експлицитно регионална организација у смислу Главе VIII. Словом Уговора, а и правним и политичким наслеђем Западноевропске уније (ЗЕУ), ЕУ је постала организација колективне одбране. Као што је познато, правно наслеђе ЗЕУ, након што је, изјавом председавајућег у име чланица, она распуштена 2011. године, садржано је у Лисабонском споразуму у одредби о међусобној помоћи[12]:

> *Ако је нека држава члнаица жртва оружане агресије на својој територији, остале државе чланице су у обавези да јој пруже помоћ и подршку свим расположивим средствима у складу са чланом 51 Повеље УН. То ни на који начин не доводи у питање специфичан карактер безбедносне и одбрамбене политике одређених држава чланица.*[13]

Битно ограничење профилисању ЕУ као организације заједничке одбране остаје оно политичко, видљиво у томе што у Европи делује неколико „старијих" организација безбедносног карактера. Та чињеница у великој мери ограничава могућност постизања консензуса у ЕУ о њеном конкретном деловању као безбедносне организације. Опет због питања правног наслеђа, ЗЕУ, према мишљењу појединих аутора[14], није представљала регионални аранжман у смислу Главе VIII већ је основана, као и НАТО или Варшавски уговор, на основу члана 51, којим се гарантује право на самоодбрану.[15]

За разлику од ЗЕУ, ЕУ правно инклинира и *de facto* делује као организација регионалног карактера у смислу Главе VIII. Већ у самом Лисабонском споразуму живо је начело мултилатерализма. Члан 21 Лисабонског уговора је усмеравајући:

> *Унија ће настојати да развија односе и гради партнерства са трећим државама и међународним, регионалним или глобалним организацијама са којима дели начела наведена*

[12] Henry Schermers, Niels Blokke, *International Institutional Law: Unity Within Diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2011^{5}, 1058.

[13] Реч је о клаузули о међусобној помоћи (*mutual assistance clause*), чл. 42, ст. 7.

[14] Michael Bothe, „The Legitimacy of the Use of Force to Protect Peoples and Minorities", *Peoples and Minorities in International Law* (ed. Catherine Brolmann), Brill, Dordrecht 1993, 289–299, 298.

[15] Вид. члан 5 Париског споразума из 1954, којим је измењен и допуњен Брисελски споразум из 1948. године, *http://www.weu.int*, 7. јул 2014.

у првом ставу. Промовисаће мултилатерална решења за заједничке проблеме, нарочито у оквиру Уједињених нација.

Иако се Лисабонским уговором ЕУ не дефинише експлицитно као регионални споразум или агенција у смислу Главе VIII, ЕУ и УН у пракси међусобном односу приступају прагматично. Прагматизам је видљив у документу под називом *Агенда за мир* из 1992. године, који је представио тадашњи генерални секретар Бутрос Гали. Документ је израђен на захтев Савета безбедности и у њему се истиче значај ЕУ у решавању конфликта на Балкану, признаје се право на формирање борбених група, укључивање у решавање регионалних конфликата и потреба за јачањем способности ЕУ, и то пре свега одбрамбених. Тиме су УН креирале политички и безбедносни простор да се ЕУ етаблира као регионална организација у смислу члана 53 Повеље УН.[16]

Томе треба додати чињеницу да је уз Лисабонски споразум уведен и Протокол 10 о сталној структурној сарадњи, којим се, осим могућности јачања националних војних капацитета, предвиђа сарадња на пројектима јачања капацитета за ангажовање ЕУ у мировним мисијама на основу глава VI и VII Повеље УН.[17]

Коначно, савремена пракса деловања ЕУ у превенцији, али и решавању конфликата изнедрила је *sui generis* деловање ЕУ и њених чланица као регионалне агенције. Ту праксу би могли да назовемо „нечим између“ или деловањем у аранжману „Главе VIII и по“. Реч је о две врсте таквог деловања:

1. прва је резултат политике проширења ЕУ,
2. друга је резултат формирања коалиције посебно заинтересованих чланица ЕУ и учешћа у спровођењу мандата УН.

Показало се да је ЕУ најефективније и најпозитивније утицала на безбедност у оним државама које су претендовале на чланство у ЕУ. Аспирације за чланством неретко су испољаване након великих политичких, па и стратешких промена у Европи. То је био случај са медитеранским проширењем, Грчком, Шпанијом и Португалом, а још у већој мери са државама које су изашле из Источног блока након краја Хладног рата, и великим проширењем. У свим тим случајевима проширење ЕУ, а од 1993. године и политика проширења ЕУ, допринели су стабилизацији прилика и већој безбедности у државама и

[16] Bart Van Vooren, Steven Blockmans, Jan Wouters, *The EU's Role in Global Governance: The Legal Dimension*, Oxford University Press, Oxford 2013, 83.

[17] Steven Blockmans, Ramses Wessel, *The European Union and Peaceful Settlement of Disputes in its Neighbourhood: the Emergence of a New Regional Security Actor?*, Hart Publishing, Oxford 2011.

регионима који су претендовали на чланство у ЕУ. Данашња политика проширења почива на премисама да се сви билатерални спорови морају решити пре чланства у ЕУ.[18] У случају држава Западног Балкана нарочито се инсистира на регионалној сарадњи према моделу европске интеграције и облицима интеграције који су карактеристични за ЕУ. То је случај са ЦЕФТА, Транспортном и Енергетском заједницом итд. На тај начин се ЕУ појављује као *de facto*, иако не и *de iure* регионални аранжман. Својим ефектима политика проширења се уводи у ред најефективније спољне и безбедносне политике, док се за саму ЕУ може рећи да је кључан безбедносни аранжман регионалног карактера за оне државе које теже да постану чланице ЕУ. Ако изузмемо методе мирног решавања спорова дефинисане чланом 33 Повеље, можемо рећи да ЕУ у тим државама и регионима делује на основу „Главе VIII и по", решавајући пре свега конфликте из прошлости који имају потенцијал да угрозе безбедност.

Други вид ангажовања чланица ЕУ, који се не може сврстати ни у једну постојећу категорију, можемо такође уврстити у ред акција према моделу „Главе VIII и по". Реч је о интервенцијама посебно заинтересованих држава, при чему такве њихове акције ауторизује Савет безбедности УН. Пракса деловања у 21. веку показује и да је универзална организација склона да мандат дâ коалицији посебно заинтересованих држава како би деловале на основу Главе VII Повеље. Таква пракса отвара питање да ли су УН у стању да, уместо регионалном аранжману или организацији, дају мандат групи држава које су директно заинтересоване за ситуацију у питању. У случају Либије се показало да када ни НАТО ни ЕУ нису заинтересовани или нису у могућности да делују, могу деловати поједине чланице те две организације, истина, на основу мандата Савета безбедности УН. Такво деловање УН отвара бројна питања, почевши од питања делотворности и сврсисходности постојања појединих регионалних безбедносних аранжмана и питања да ли УН шире простор за ефективније и препознатљивије деловање на глобалном плану. Поједини аутори у томе виде једини начин да УН у будућности ојачају своју позицију у глобалној безбедносној архитектури.[19] Као што се то питање поставља за будућност деловања УН, тако се поставља и питање да ли је будућност деловања ЕУ и њене Заједничке безбедносне и одбрамбене политике у формирању коалиција посебно заинтересованих држава, па самим тим и будућност мултилатерализма

[18] *European Commission, A credible enlargement perspective for and enhanced EU engagement with the Western Balkans, Strasbourg 2018*, 3, *https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/communication-credible-enlargement-perspective-western-balkans_en.pdf*, 14. мај 2018.

[19] Karen A. Mingst, Margaret P. Karns, *Dilemmas in World Politics*, *The United Nations in the 21st Century*, Westview Press, Boudler, Colorado 2011, 119.

у чијем су средишту УН. Интервенцију у Либији 2011. године[20] ауторизовао је Савет безбедности ограничавајући је на обезбеђење забране зоне летења и поморске блокаде. Мандат је у пракси проширен на дејствовање по положајима снага лојалних Гадафију. Операцију су предводиле Велика Британија и Француска, као посебно заинтересоване државе, које су формирале тзв. *coalition of willing*. Сједињене Америчке Државе су биле у другом плану. Занимљиво је да је приликом гласања у Савету безбедности УН о Резолуцији 1973 Немачка остала уздржана. Подсећања ради, ЕУ се као организација није ангажовала иако је била на корак од слања своје прве борбене групе на терен. Блокадом Шведске обустављено је усвајање концепта операције (CONOPS).[21] Разлог због којег је обустављено слање трупа подршке достављању хуманитарне помоћи био је што није донета резолуција Савета безбедности УН која би дала прецизан мандат ЕУ да интервенише у Либији.

Слична ситуација се догодила и приликом интервенције у Малију, формирањем коалиције коју је предводила Француска. За разлику од претходне ситуације, први удар Француске је извршен без ауторизације Савета безбедности. Француска тада није сачекала одобрење Савета безбедности због рапидног напредовања исламистичких снага које су се заузимањем и контролом градова на северу Малија значајно приближиле Бамаку, главном граду те државе. Оправдавајући интервенцију, преседник Француске Оланд је истакао да је Француска тим чином спречила успостављање терористичке државе у Африци.[22] Легитимитет интервенције никада није довођен у питање јер се са превентивном акцијом француских снага prećутно сагласило сталних пет чланица Савета безбедности, који је нешто касније, на иницијативу Француске, усвојио Резолуцију 2085, којом се распоређују снаге ECOWAS у Малију.[23]

Све у свему, савремена пракса међународних односа учинила је Савет безбедности, осим у ситуацијама када је потпуно заобиђен, веома флексибилним стожерним оквиром за међународни мир и безбедност. Тако је значајан број међународних акција у глобалним оквирима пре или након акције довођен у везу са начелима Повеље УН уз, по правилу, правно и политичко легитимисање такве акције.

[20] B. Van Vooren, S. Blockmans, J. Wouters, 85.

[21] *Sweden blocks planning for EU mission in Libya*, *http://www.atlanticcouncil.org/blogs/natosource/sweden-blocks-planning-for-eu-mission-in-libya,* 4. јул 2018.

[22] David Francis, *The Regional Impact of the Armed Conflict and French Intervention in Mali*, Norwegian Peacebuilding Resource Center, 2013, 5, *http://www.operationspaix.net/DATA/DOCUMENT/7911~ v~The_regional_impact_of_the_armed_conflict_and_French_intervention_in_Mali.pdf*, 1. мај 2018.

[23] *Ibid*., 5.

3. САРАДЊА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ СА УЈЕДИЊЕНИМ НАЦИЈАМА У МИРОВНИМ МИСИЈАМА[24] И ОПЕРАЦИЈАМА

У атмосфери Хладног рата деловање Савета безбедности на основу Главе VII било је веома ограничено. Није било много другачије ни његово деловање на основу Главе VI о мирном решавању спорова. Било је немогуће очекивати деловање Савета у споровима у којима је једна страна САД или СССР или у случајевима када је једна од те две државе директно заинтересована страна.

Као што је познато, прва употреба силе од УН догодила се на Корејском полуострву 1950. године након одлуке, не Савета безбедности, већ Генералне скупштине. Прва велика операција уз одлуку Савета безбедности на основу Главе VII догодила се у Белгијском Конгу 1960. године. Претворила се у потпуни неуспех и у политичком и у финансијском смислу.[25] Снаге УН су провеле четири године у Конгу без јасног мандата, а трошкове који су превазилазили стандардне трошкове операције није имао ко да плати.

Последице неуспеха УН у Конгу биле су изгледа толико снажне да Савет безбедности није деловао на основама Главе VII наредних тридесет година, све до инвазије Ирака на Кувајт 1990. године. То ипак није значило да УН нису деловале на очувању међународног мира и безбедности. Компромис је нађен у мерама које комбинују употребу оружаних снага у раздвајању страна и мирно решавање спорова. Отуда их поједини аутори називају мерама на основу „Главе VI и по“, које подразумевају деловање УН у операцијама очувања мира (*peacekeeping*). Та глава је назив добила[26] по томе што се деловање УН налази негде између Главе VI и Главе VII, најчешће зато што је реч о раздвајању сукобљених страна.

Почетак деловања УН на основу „Главе VI и по“ изнедрила је Суецка криза 1956. године. Тада је Лестер Пирсон, канадски министар спољних послова, предложио да снаге УН замене британске, француске и израелске снаге око Суецког канала, који је територијално припадао Египту и чија је национализација од Египта изазвала сукоб. Лестер Пирсон је због тог предлога добио Нобелову награду. Мисије очувања мира се сматрају ефикаснијим јер се формирају након постизања мировног споразума и зато што од оних који гласају

[24] О појму мировне мисије вид. Бојан Милисављевић, *Нове мировне мисије Организације Уједињених нација*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007.

[25] J. Samuel Barkin, *International Organization: Theories and Institutions*, Palgrave Macmillan, New York 2006, 67.

[26] *Ibid*., 67.

не захтевају сврставање уз било коју од сукобљених страна.[27] Другим речима, *peacekeeping* је механизам који омогућава Савету безбедности да допринесе очувању међународног мира и безбедности без потребе да идентификује страну која је одговорна за нарушавање међународног мира и безбедности.

Сарадња УН и ЕУ у мисијама управљања кризама је садржајна и вишедимензионална. Започела је након успостављања Европске безбедносне и одбрамбене политике и ступања на снагу Амстердамског споразума 1999. године. Садржај сарадње је нарочито обогаћен од 2003. године, са првим мисијама и операцијама ЕУ. До данас је обележава мултидимензионалност, будући да ЕУ и УН сарађују у најширем распону војних и цивилних мисија и у једнако широко постављеним задацима који се протежу од хуманитарне помоћи, развоја, промоције људских права, демократије и владавине права, климатске акције, закључно са решавањем конфликата и изградњом мира.[28]

Добри познаваоци односа ЕУ и УН примећују да се сарадња ЕУ и УН у мисијама управљања кризама одвија на два начина.[29] Први је на *ad hoc* основи од 2003. године када је ЕУ упутила своју прву мисију ЕБОП на терен, и то у БиХ, ЕУПМ. Уједињене нације су тада поздравиле слање мисије ЕУ на место мисије УН. Наредну мисију, тј. операцију ЕУ, УН су одобриле, односно ауторизовале. То је била операција АРТЕМИС у Демократској Републици Конго. Трећа *ad hoc* мисија била је она на Косову и Метохији. Основ сарадње између ЕУ и УН је поново био другачији. Наиме ЕУЛЕКС је на Косово и Метохију дошао без мандата УН, да *de facto* замени постојећу мисију УНМИК. Мисија ЕУЛЕКС је у том случају подржана експост од Савета безбедности. Многи би се сложили да ЕУЛЕКС спада у трећу генерацију мировних мисија, која подразумева учешће регионалне организације са претходном ауторизацијом Савета безбедности или без ње.[30]

Други начин сарадње између УН и ЕУ је у већој мери институционализован. У том моделу конкретна сарадња на терену је опробана у операцији АРТЕМИС под ЕУ командом. Та операција је вођена 2003. године на основу Резолуције СБ 1484 на истоку ДР Конго. Као резултат, обе стране, и ЕУ и УН, међусобно су упознале радне методе, након чега је усвојена заједничка декларација о сарадњи ЕУ

[27] *Ibid*., 68.

[28] Carmen-Cristina Cîrlig, „EU-UN cooperation in peacekeeping and crisis management, Briefing", *European Parliamentary Research Service* PE 572.783/2015, 4.

[29] B. Van Vooren, S. Blockmans, J. Wouters, 83 и 84.

[30] Natavidad Fernandez Sola, „The European Union as a Regional Organization within the Meaning of the UN Charter", *Polish Yearbook of International Law* 2013, 265.

и УН у управљању кризама, коју су потписали председавајући ЕУ и тадашњи генерални секретар УН Кофи Анан. Документ је потписан 2003. године и њиме су утврђене области за наставак сарадње. Основан је и међуинституционални Управни одбор (*Steering Committee*), као механизам за консултације, како би се унапредила координација између различитих организационих целина УН које се баве очувањем мира и политичким односима и ЕУ, коју су у том тренутку представљали Секретаријат Савета и Европска комисија. Данас је то Европска служба за спољне послове (ЕЕАС). Надградњу заједничке декларације из 2003. године представљала је Заједничка изјава из 2007. године. Намера је била да се ојача сарадња у оним операцијама у којима учествују и ЕУ и УН, попут Сомалије, Авганистана, ДР Конга, Гвинеје Бисао и, што је у том тренутку за ЕУ и ЕУЛЕКС било нарочито важно, Косова и Метохије.

Први резултати институционализације сарадње били су видљиви. Након успешног преноса овлашћења између мисије ЕУФОР у Чаду и Централноафричкој Републици и мисије УН у Централноафричкој Републици и Чаду (MINURCAT) у марту 2009, Савет безбедности УН похвалио је ЕУ за успешно ангажовање ЕУФОР-а и подршку активностима УН у те две државе, нарочито њихов допринос испоруци хуманитарне помоћи и очувању безбедности у регионима своје зоне одговорности. Око 200 припадника ЕУФОР-а наставило је да делује под окриљем мисије УН, чиме је наглашена подршка операцијама очувања мира ЕУ под окриљем УН. До данас је радом Управног одбора ЕУ–УН учињено неколико помака. Канцеларија за везу УН у Бриселу основана је 2011. године. Наредне године сарадња је поново конкретизована за ЗБОП мисију у Јужном Судану, тако што је UNMISS мисија пружила логистичку и административну подршку размештању мисије ЗБОП посредством логистичке базе UNMISS. Крајем исте године размештени су стручњаци за планирање за три мисије, у Конгу, Малију и Сомалији.

Вредан спомена је европски допринос Привременим снагама УН у Либану у оквиру мисије УНИФИЛ. У марту 2010. године на терену је било распоређено 89 хиљада припадника снага УН, 13 хиљада полицајаца и 22 хиљаде припадника цивилних снага. Допринос ЕУ је био осам одсто војних и полицијских снага и 40 одсто финансија.

На крају треба истаћи и важну финансијску чињеницу. Када се сагледају финансијски односи ЕУ и УН индикативни су следећи показатељи. ЕУ и њене државе чланице су највећи појединачни финансијери буџета ЕУ са уделом од 35 одсто и 36,8 одсто за мировне мисије и операције УН. На тај износ ЕУ је највећи донатор који за рад програма и фондова УН обезбеђује око једне половине средстава.

Само Европска комисија обезбеђује више од 1,35 милијарди долара подршке различитим програмима и пројектима УН.[31]

4. САРАДЊА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА У МИРНОМ РЕШАВАЊУ СПОРОВА

На самом крају, мада би по природи ствари та тема требало да буде на првом месту, прибегавање регионалним аранжманима у смислу мирног решавања спорова предвиђено је чланом 33 Повеље УН. Мирно решавање спорова постаје један од основних циљева и вредности које се наглашавају у новоуспостављеном систему УН након Другог светског рата, и то у члану 2 Повеље УН. Више од тога, члан 33 Повеље УН у средиште доводи сваки сукоб или спор који може или има потенцијал да угрози међународни мир и безбедност. У таквим случајевима Савет безбедности може позвати стране да на миран начин и уз механизме који су предвиђени чланом 33 решавају настали спор (преговори, утврђивање чињеница, медијација, арбитража, добре услуге, мирење). Један од тих начина, уз претходну сагласност страна у спору, јесте прибегавање регионалним аранжманима и организацијама. У таквим случајевима, регионална организација је дужна да информише Савет безбедности о активностима које планира да предузме у очувању мира и безбедности. Европска унија се може појавити као регионални аранжман у сврху мирног решавања спора.

Интерес, па и правни основ ЕУ да делује на такав начин недвосмислено проистичу из Лисабонског уговора. Једно од самоодређења ЕУ је да је то заједница заснована на вредностима. Њен је циљ да „промовише мир, темељне вредности и благостање људи". Према чл. 3, ст. 1 Уговора о ЕУ, њен је циљ и да „очува мир, спречи конфликте и ојача међународну безбедност" (чл. 21, ст. 2). Отуда су јачање и изградња мира, те превенција конфликата неке од средишњих активности ЕУ.

Међународне активности ЕУ на превенцији конфликата заснивају се на:

- раној идентификацији насилних конфликата и, по потреби, раном деловању;
- продубљеном разумевању конфликта (корени сукоба, актери и динамика);
- идентификацији спектра опција за деловање ЕУ;
- програмирању екстерне помоћи у сврху решавања конфликта.

[31] Преглед односа ЕУ и УН, *http://www.eu-un.europa.eu/articles/articleslist_s88_en.htm*, 20. новембар 2015.

Систем раног упозорења је инструмент управљања ризиком из домена превенције конфликата. Усмерен је ка свим ризицима који могу да доведу до насиља. Најчешће подразумева акцију стручњака ЕУ и оних у држави у питању који дефинишу препоруке и активности које претходе било којој акцији ЕУ.

Први документ који је ЕУ усвојила 2001. године јесте Програм ЕУ за превенцију насилних конфликата, познат и под називом Гетеборшки програм.[32] У њему се истиче да је превенција конфликата један од основних циљева међународног деловања ЕУ и да је неопходно одредити јасне политичке приоритете превентивне акције, побољшати капацитете за рано упозоравање, увећати инструменте краткорочне и дугорочне превенције и изградити делотворна партнерства.

Делујући на правцима докумената усвојених од 2001. године, Савет је у неколико наврата усвајао важне закључке, и то пре свих у новембру 2007. године, о безбедности и развоју и одговору ЕУ на фрагилне ситуације. У првом се истиче веза између безбедности и развојне политике, те да одрживог развоја не може бити ако нема безбедности и обратно. Превенција конфликта треба да буде приоритетан циљ. У другом закључку се на свеобухватан начин и унапред сагледавају инструменти развојне политике, укључујући и циљеве држава чланица у остваривању Миленијумских циљева и превенцији фрагилних ситуација.

Према досадашњим искуствима, може се рећи да је до 2009. године ЕУ деловала на *ad hoc* основи, а да оснивањем Европске службе за спољне послове ЕУ институционализује и специјализује сопствене капацитете за мирно решавање спорова, предвиђено чланом 33 Повеље УН. Тако је *Концепт ЕУ за развој капацитета за медијацију и дијалог* донет тек 2009. године[33], од када се капацитети ЕУ у тој области на системски начин изграђују. Тим документом се промовише коришћење медијације као инструмента првог одговора на кризе у настанку и оне које су у току. Један од разлога је што је тај инструмент и најјефтинији и најефективнији. Са циљем јачања капацитета за медијацију предлажу се стратешке активности повезивања кључних актера, оперативна подршка, обука, управљање знањем, искорак ка заинтересованим странама и организацијама и успостављање сарадње.

[32] *Council of the European Union, Draft European Union Programme for the Prevention of Violent Conflicts, Brussels 2001*, *http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%209537%202001%20REV%201*, 16. април 2018.

[33] *Council of the European Union, Concept on Strengthening EU Mediation and Dialogue Capacities, Brussels 2009*, *http://www.eeas.europa.eu/archives/docs/cfsp/conflict_prevention/docs/concept_strengthening_eu_med_en.pdf*, 20. април 2018.

Две године касније, настављајући да се бави питањима превенције конфликта, ЕУ је у јуну 2011. године донела Закључак о превенцији конфликта, у којем поново инсистира на јачању капацитета за рано упозоравање, ефективном коришћењу анализа о ризицима од избијања конфликта, јачању капацитета за медијацију и снажењу кључних партнерстава са међународним организацијама као што су УН, ОЕБС, НАТО, Светска банка, Афричка унија.

Активности ЕУ на пољу превенције конфликта и изградње мира. ЕУ располаже палетом инструмената за практиковање тзв. свеобухватног приступа (*comprehensive approach*):

а. рано упозорење и оцена конфликта заснивају се на извештајима делегација ЕУ, Ситуационе собе и на Платформи за одговор на кризе;

б. дипломатске мере које могу укључивати и политички дијалог са трећом државом, демарше, изјаве, медијацију, посредовање или модерирање дијалогом итд.;

в. комбиновање инструмената међународне помоћи и активности којима се повезују испомоћ, обнова и дугорочне мере, инструменти хуманитарне помоћи, инструменти развојне помоћи по географским и политичким целинама (*ENPI*, *IPA*, *DCI*, *EDF*)[34], по областима (*EIDHR*, *IcSP*)[35] и заједничке спољне и безбедносне политике укључујући ЗБОП мисије.

Организација и уређење Европске службе за спољне послове (ЕЕАС) за питања превенције конфликата и изградњу мира. ЕЕАС тежи да изгради кохерентну, вишедимензионалну и ефективну међународну акцију и додатно ојача свеобухватан приступ ЕУ кризама у трећим државама. Институционална посвећеност ЕУ питањима превенције конфликата, изградње мира и инструментима медијације потврђена је формирањем Директората за безбедносну политику и превенцију конфликта. Уз то, у децембру 2013. године усвојена је Комуникација Комисије и ЕЕАС о свеобухватном приступу међународним кризама и конфликтима.[36] Превенција конфликта и изградња мира, каже се, превазилазе оквире једне институције и тичу се сарадње на широком плану управљања кризама, са војном

34 *ENPI – European Neighbourhood Policy Instrument, IPA – Instrument of PreAccession Assistance, DCI – Development Cooperation Instrument, EDF – European Development Fund.*

35 *EIDHR – European Instrument for Democracy and Human Rights, IcSP – Instrument Contributing to Stability and Peace.*

36 *European Commission, The EU's comprehensive approach to external conflict and crises, Brussels 2013*, *http://www.eeas.europa.eu/archives/docs/statements/docs/2013/131211_03_en.pdf*, 15. април 2018.

компонентом, у питањима раног упозорења и службама за одговоре на кризне ситуације. Тим питањима се баве у оквирима својих надлежности и Европска комисија и ЕЕАС, а свеобухватан приступ укључује како краткорочне и дугорочне интервенције, тако и мере безбедносног и развојног карактера. Отуда ЕУ у сарадњи са поменуте две институције инсистира на дефинисању заједничке стратегијске визије, фокусирању на превенцију, мобилисању разноврсних способности, дугорочном планирању, повезивању унутрашњих и спољних политика и акција, ефективнијем коришћењу делегација ЕУ и партнерству са другим међународним организацијама. Планирано је и доношење посебног акционог плана.

Превасходна улога Одсека за превенцију конфликата, изградњу мира и инструменте медијације, организационе јединице ЕЕАС, јесте оперативна подршка географским десковима, механизмима раног упозорења, капацитетима за медијацију, аналитици ризика и програмирању компоненте припремљености за одговор на кризне ситуације у оквиру Инструмента за стабилност.

Финансијски инструмент ЕУ за подршку активностима превенције конфликата и изградње мира. Инструмент подршке стабилности и миру (*IcSP*)[37] примарни је финансијски инструмент за превенцију конфликта и изградњу мира. Њиме се спроводе и краткорочне и дугорочне активности превенције. Односе се на бројне теме као што су трансрегионалне претње, неширење оружја за масовно уништење, превенција конфликата, изградња мира и изградња капацитета у сврху припремљености за реаговање на кризне ситуације. Опредељена средства у периоду 2014–2020. износе 2.338 милијарди евра. Од тог износа 70 одсто је опредељено за одговоре на кризне ситуације, девет одсто за превенцију конфликата, изградњу мира и припремљеност за реаговање на кризне ситуације, а 21 одсто за трансрегионалне претње. *IcSP* не финансира хуманитарне активности јер је то у надлежности *ECHO*, ни војне акције јер су то питања из домена ЗБОП. *IcSP* је комплементаран другим финансијским инструментима попут *IPA*, *ENPI*, *DCI* или *EDF* и покреће се најчешће када неки од тих инструмената не могу да буду активирани на време или на одговарајући начин.

Компонента *IcSP* која се односи на одговоре на кризе представља механизам међународне помоћи ЕУ који није предмет програмирања јер јој је сврха брзо и делотворно повлачење средстава, по поједностављеним процедурама и у сврху реализације краткорочних мера и циљева. Дугорочне мере *IcSP* се програмирају на годишњем

---

[37] *European Commission, Instrument contributing to Stability and Peace, preventing conflict around the world, Brussels 2014*, *http://ec.europa.eu/dgs/fpi/what-we-do/instrument_contributing_to_stability_and_peace_en.htm*, 24. април 2018.

нивоу и предмет су стандардних процедура доношења одлука, које подлежу одобрењу држава чланица ЕУ (најчешће у оквиру комитолошког комитета) и надзору Европског парламента. Нова Регулатива *IcSP* усвојена је у марту 2014. године. Исте године усвојени су и *IcSP* Стратешки документ 2014–2020. и Вишегодишњи индикативни програм за период 2014–2017.

Искуства ЕУ у мирном решавању спорова између трећих страна нису мала. Мапа ангажовања обухвата деловање ЕУ:

- на западном Балкану,
- у оквиру политике Источног суседства,
- на Блиском истоку,
- у Ирану и Северној Кореји[38] и
- у осталим деловима света.[39]

У светлу у фебруару 2018. објављене *Стратегије проширења*, а и будући да то може да буде посебно значајно за искуство Србије у преговорима о приступању, корисно је направити краћи осврт на досадашње искуство ЕУ у споровима између држава које теже чланству, тј. када је једна од држава у спору чланица ЕУ. Три су нарочито занимљива спора ове врсте.

4.1. Турска – Грчка

4.2. Кипар

4.3. Словенија – Хрватска

4.1. Турска – Грчка

Први спор у којем је ЕУ заузела став да се билатерални спорови не могу уносити у ЕУ јесте спор између Турске и Грчке на Егејском мору. Јасна позиција ЕУ огледала се у ставу да стране спор морају предати Међународном суду правде пре окончања преговора о чланству Турске у ЕУ.[40] Такав став је потврђен и закључком Европског савета из Хелсинкија 1999. године. Стране је требало да предложе и конкретан календар и модалитет решавања спора. На истом самиту Турској је загарантован статус кандидата, а договорено је и да се, уколико напори страна не уроде плодом, прибегне решавању спора пред Међународним судом правде. Према мишљењу Франка Хофмајстера, постоје спорови у којима је једна од страна држава

[38] N. F. Sola, 265.

[39] Пресек направљен према B. Van Vooren, S. Blockmans, J. Wouters, 114–121.

[40] Frank Hoffmeister, *The European Union and the Peaceful Settlement of International Disputes*, Oxford University Press, Oxford 2012, 22.

кандидат за чланство и у којима судско решење није целисходно за окончање спора. У такве спорове се убрајају кипарско питање и спор између Словеније и Хрватске.[41] На трагу тог става, у политичком, а не правном смислу, јесте и група аутора која тврди да је чланством Грчке у ЕУ нестао мотив те државе да реши гранични спор и да је Грчка доспела у повољан положај вето играча у питању напретка Турске у процесу европске интеграције.[42]

4.2. Кипар

Кипарско питање отворено је након војне интервенције Турске и окупације трећине територије Кипра 1974. године. Све до кандидатуре за чланство 1990. године то питање није било у практичном фокусу ЕУ. Ипак, иако је ЕУ била заинтересована за решавање питања, медијацију су преузеле УН под палицом тадашњег генералног секретара Бутроса Галија. Тако је било до 1997. године и званичног отварања преговора о приступању. У преговорима се поставило питање територије примене права ЕУ. Лидер кипарских Грка је позвао лидера кипарских Турака да се укључе у преговоре, што је овај одбио. Две године касније постало је јасно да ће ЕУ морати озбиљније да се позабави кипарским питањем јер је постало јасно да ће Грчка блокирати процес проширења уколико Кипар не буде третиран на исти начин као и осталих једанаест кандидата за чланство у том тренутку. Веће интересовање за решавања спора саопштено је у закључку Европског савета из Хелсинкија. Између осталог, то је значило изградњу адекватних капацитета за оцену да ли су стране учиниле све да се проблем реши политички. У основи, добре услуге су наставили да пружају УН и њихов генерални секретар. У ЕУ је постојала свест да су УН прихватљивије за Турску од ЕУ, у којој би једна страна била и Грчка. Сличну позицију су имале и САД и Велика Британија којима је, као сталним чланицама Савета безбедности, био отворен пут утицаја на специјалног изасланика генералног секретара и његов извештај. Без обзира на то што су водећу улогу играле УН, ЕУ није ограничила своје деловање на саопштења и закључке Европског савета. Најпре Гинтер Ферхојген, тадашњи члан Комисије задужен за проширење, имао је одрешене руке да заступа став ЕУ у УН, баш као што је и главни преговарач Кипра био укључен у преговоре који су се одвијали у УН од 1999. до 2000. године.

Таква координација је довела до закључења преговора и закључка Европског савета из Копенхагена, а правни аспекти битни за приступање Кипра ЕУ имали су значајне референце и у Анановом

[41] *Ibid*., 22.

[42] Bahar Rumelili, „The European Union's Impact on the Greek-Turkish Conflict", *Working Papers Series in EU Border Conflicts Studies, University of Birmingham* 6/2004, 9.

плану, који је представљао предлог свеобухватног решења за спор на Кипру. Као што је познато, тај план је одбачен на референдуму јер се највећи део кипарских Грка није слагао са садржајем плана. Споразум о приступању је потписан у априлу 2003. године у Атини, током председавања Грчке. Занимљиво је и да је ЕУ, након што су кипарски Турци прихватили Ананов план на референдуму, одлучила да прекине изолацију северног дела острва.

Месец дана након пријема Кипра у ЕУ, у јуну 2004. године, определила му је пакет помоћи од 259 милиона евра. Ипак, расподела помоћи је била могућа тек пошто су уважени услови Никозије о начину њеног коришћења. Кључни предуслов је био да се на било који начин, имлицитно или експлицитно, не призна тзв. Турска Република Северни Кипар. Слично су прошли и покушаји директне трговине са тим делом острва.[43] Коначно, помоћ је програмирана и додељивана у петогодишњем периоду 2006–2011.

Комисија се до самог пријема Кипра у ЕУ није директно мешала у посредничке напоре УН, али је увек био присутан значајан број колега комесара Ферхојгена, стручњака у канцеларији УН у Никозији који су се бавили питањима примене права ЕУ. Осим примене права ЕУ, која је Протоколом 10[44] уз Споразум о приступању Кипра била ограничена на део острва под контролом Никозије, било је неопходно регулисати и питања од значаја за свакодневни живот[45], промет робе, људи и услуга преко тзв. зелене линије. Зато је ЕУ непосредно пред пријем Кипра у ЕУ, 29. априла 2004. године, донела Регулативу за промет робе, људи и услуга преко зелене линије (*Green Line Regulation*).[46] Зелена линија никада није сматрана спољном границом ЕУ, а северни део је сматран делом једног Кипра као државе чланице ЕУ. Тај део територије задржава посебан статус до коначног решења кипарског питања.[47] То јасно проистиче и из Протокола 10 уз Споразум о приступању Кипра Европској унији и из Регулативе о

43 Живорад Симић, Александар Јанковић, *Кипар историјат уједињења*, Свет књиге, Београд 2015, 122.

44 *Act concerning the conditions of accession of the Czech Republic, the Republic of Estonia, the Republic of Cyprus, the Republic of Latvia, the Republic of Lithuania, the Republic of Hungary, the Republic of Malta, the Republic of Poland, the Republic of Slovenia and the Slovak Republic and the adjustments to the Treaties on which the European Union is founded – Protocol No 10 on Cyprus*, *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:12003T/PRO/10*, 26. април 2018.

45 Зелена линија и административна линија слични су појмови у два различита случаја, Кипра, с једне стране, и Косова и Метохије, с друге стране.

46 *Corrigendum to Council Regulation (EC) No 866/2004 of 29 April 2004 on a regime under Article 2 of Protocol 10 to the Act of Accession*, *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:206: 0051:0056:EN: PDF,* 28. април 2018.

47 Ж. Симић, А. Јанковић, 123.

зеленој линији. У терминологији регулативе не постоји појам Турска Република Северни Кипар већ се говори о делу територије на којем Влада Републике Кипар не спроводи ефективну власт. Прописом се пре свега регулише слободно кретање робе између два дела територије и успоставља ефективна контрола преласка трећих лица преко зелене линије.

Што се тиче учешћа у раду институција, илустративан је пример избора за Европски парламент, у којем Кипар има шест посланичких места. Занимљиво је да су кипарски Турци сваки пут до сада бојкотовали изборе упркос на референдуму потврђене жеље за уједињењем и уласком у ЕУ. Бојкот није био потпун, нарочито на изборима 2009. и 2014. године, када нису учествовале највеће партије, али јесу истакнути појединци. Број гласова који су освојили био је исувише мали да би освојили једно од шест посланичких места у Европском парламенту.[48]

Све у свему, између Србије и Кипра остаје суштинска разлика у чињеници да процес приступања Кипра није зависио од процеса уједињења острва. Разлог је и у подршци коју је Кипар имао од Грчке, која је искористила право вета, али и чињеници да су на делу два процеса, у Србији дисолуције, а на Кипру интеграције. Тзв. Турску Републику Северни Кипар не признаје ниједна држава чланица, а тзв. Косово двадесет три од двадесет осам. Битна разлика је и у чињеници да су посредничку улогу у разговорима на Кипру пружале УН, а да ту улогу између Београда и Приштине има само ЕУ. Од Београда и Приштине се очекује да реше сва отворена питања, чиме би био омогућен несметан пријем у ЕУ, и Привремених инситуција самоуправе на Косову и Метохији и остатка Србије.

Кипарски спор је представљао прекретницу у односима ЕУ и УН у мирном решавању спорова. Уједињене нације су се у преговорима служиле мотивом политичког циља Кипра да постане чланица ЕУ. Иако та два процеса нису била међусобно условљена, а и на крају Ананов план уједињења није прихваћен, сам Кофи Анан се врло афирмативно изразио о сарадњи УН и ЕУ[49]:

> *Желео бих да се захвалим Европској унији, укључујући и Европску комисију, за искрену и парадигматичну подршку и помоћ коју је пружала, у ономе што је модел сарадње између ЕУ и УН.*

Искуство које је ЕУ стекла у случају Кипра по пракси која ће уследити готово деценију касније у случајевима Словеније и Хрватске,

[48] *Ibid*., 122.

[49] F. Hoffmeister, 26.

односно Београда и Приштине, било је усмеравајуће у оба случаја. Према начину на који је приступила тим споровима, јасно је да ће ЕУ избегавати да се понове грешке које су учињене приликом решавања кипарског питања, пре свега због тога што није потпуно решено ни до данашњег дана. То се потврђује и у Стратегији Европске комисије из фебруара 2018. године, која је колоквијално названа Стратргија о проширењу. У Стратегији се значајно место посвећује неопходности решавања спорова пре чланства у ЕУ.

4.3. Спор између Словеније и Хрватске

Случај граничног спора у Пиранском заливу обележиће велики успех у доласку до решења и велики неуспех у примени арбитражне одлуке. Да ли због поука које је извукла из кипарског спора или због директне укључености у решавање спора, дипломатски напори ЕУ су били много успешнији у спору поводом границе на копну и мору између Хрватске и Словеније, бар у долажењу до модалитета решења и доношењу арбитражне одлуке. Медијаторску улогу је на несвакидашњи и потпуно другачији начин у поређењу за Гинтером Ферхојгеном преузео Оли Рен, комесар за проширење. Састанци су се одржавали у билатералном или трилатералном формату, по правилу уз министре спољних послова. Ти састанци су изродили бројне идеје и предлоге, од политичке медијације експертске групе којом би председавао некадашњи фински председник Марти Ахтисари, до различитих видова правног решавања спорова. Предлог са конкретним механизмом за решавање спорова предложио је Оли Рен и доставио га министрима спољних послова.

Компромис о начину решавања спора постигнут је 26. октобра 2009. године између два премијера у то време, хрватске председнице Владе Јадранке Косор и словеначког премијера Борута Пахора. Коначан текст споразума о начину решавања спора потписан је 4. новембра 2009. године.

Тим споразумом стране су поздравиле намеру Европске комисије да помогне у решавању спора и да у решавању спора пружи административну и стручну подршку. Решење којем стране прибегавају је арбитража, а за седиште се одређује Брисел. Важно је приметити да се у преамбули Споразума уговорне стране позивају на члан 33 Повеље УН и мирно решавање спорова.[50] Стране позивају Европску комисију да обезбеди и формира секретаријат Арбитражног трибунала. Европска комисија је имала утицај и на избор арбитара

[50] *Arbitration Agreement between the Government of the Republic of Slovenia and the Government of the Republic of Croatia*, *http://www.vlada.si/fileadmin/dokumenti/si/projekti/2010/Arbitrazni_sporazum/10.a_Arbitražni_sporazum_-_podpisan_EN.pdf*, 3. мај 2018.

јер су листу арбитара формирали председник Европске комисије и њен члан задужен за проширење.[51]

Занимљиво је да прихватање тог решења и потврђивање Споразума није текло глатко, нарочито у Словенији. Наиме, најпре је о споразуму морао да се изјасни Уставни суд и тек када је у позитивном мишљењу навео да се границе на земљи и мору имају дефинисати у складу са међународним правом, отворена су врата изјашњавању Парламента. Само двадесет дана од доношења одлуке Уставног суда Парламент се изјаснио позитивно, уз једну сенку на одлуку – седници нису присуствовали посланици опозиције. Тек, пошто су се и Уставни суд и Парламент изјаснили позитивно, и грађани су могли да се изјасне на референдуму. Са три процента предности у односу на грађане који су се негативно изјаснили о Споразуму, на референдуму је прихваћен модел решавања граничног спора између Хрватске и Словеније.

Искуство Словеније и Хрватске у договорима о модалитету решавања спора указује на позитиван пример укључивања ЕУ, односно Европске комисије. Иако аутори Повеље УН и члана 33 нису имали на уму да ће друга међународна организација прибегавати тим решењима, пракса чији је део и спор између Хрватске и Словеније показује да мирно решавање спорова постаје достигнуће уздигнуто на ниво принципа у међународноправном саобраћају и односи се на све субјекте међународног права, и државе и међународне организације.[52]

За сада, ипак, словеначко-хрватски гранични спор неће бити уписан у славне странице мирног решавања спорова у којима се појављује ЕУ. Разлог је одбијање једне стране да прихвати и примени одлуку арбитражног већа. Проблем повећава чињеница да је та страна у међувремену постала држава чланица ЕУ. Последице по будуће кандидате за чланство видљиве су у новој Стратегији проширења Европске комисије. У том документу се наводи да сви спорови морају бити решени пре чланства у ЕУ. Парадокс тог услова је у могућности да она држава која још увек није применила предметну одлуку арбитражног већа може условљавати свако будуће проширење применом неких будућих одлука којима се решавају билатерални спорови. Таква пракса нас може вратити на грчко-турско искуство у решавању граничног спора у Егејском мору. Колико је то искуство било добро по процес европске интеграције, било би сувишно коментарисати.

---

51 *Ibid*., чл. 2 Споразума.

52 F. Hoffmeister, 29.

5. ЗАКЉУЧАК

Од краја Хладног рата до данас све је јасније да се оштра линија поделе надлежности између универзалне и регионалних организација у питањима безбедности не може повући ни као правило ни као закономерност међународних односа. На то указује и чињеница да од краја деведесетих година прошлог века расте број интервенција принуде међународних организација или група посебно заинтересованих држава, са одлуком и мандатом Савета безбедности, којим би такве акције биле легализоване и легитимисане, или без такве одлуке. За ЕУ свако нејединство у ставу или недостатак консензуса у ставу и деловању у таквим акцијама еродира напоре за остваривање њених циљева и слаби њен глобални утицај. Показује се да је степен кохезије међу чланицама ЕУ већи онда о конкретном питању постоји консензус међу чланицама Савета безбедности УН.

Истовремено и без обзира на чињеницу да ли о крупним међународним питањима постоји сагласност између сталних пет чланица, ЕУ и УН су креирале широк простор за институционализовану сарадњу о најмање две групе питања. Због тога је у средишту односа ЕУ и УН *мултилатерални прагматизам*. Иначе, то су питања:

– међународне безбедности за која су ЕУ као целина или њене чланице посебно заинтересоване. Показује се да ефекти такве сарадње могу бити смањење финансијских издатака и ангажовање мањег контингента особља у односу на самостално деловање;
– од посебног политичког у безбедносног интереса ЕУ јер су то најчешће спорови који се одвијају у њеном најближем окружењу, па чак и међу чланицама ЕУ. Сарадња са УН у мирном решавању спорова може бити један од погодних и неконтроверзних инструмената за решавање таквих спорова. Нема потребе посебно наглашавати да изостанак билатералних спорова значи изостанак потенцијала за размимоилажење у ставовима. То потврђују примери Кипра, Словеније и Хрватске, па и дијалог између Београда и Приштине.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Barkin, J. S., *International Organization: Theories and Institutions*, Palgrave Macmillan, New York 2006.

Blockmans, S., Wessel, R., *The European Union and Peaceful Settlement of Disputes in its Neighbourhood: the Emergence of a New Regional Security Actor?*, Hart Publishing, Oxford 2011.

Bothe, M., „The Legitimacy of the Use of Force to Protect Peoples and Minorities“, *Peoples and Minorities in International Law* (ed. C. Brolmann), Brill, Dordrecht 1993.

Cîrlig, C., „EU-UN cooperation in peacekeeping and crisis management, Briefing“, *European Parliamentary Research Service* PE 572.783/2015.

David Francis, *The Regional Impact of the Armed Conflict and French Intervention in Mali*, Norwegian Peacebuilding Resource Center, 2013, *http://www.operationspaix.net/DATA/DOCUMENT/7911~v~The_regional_impact_of_the_armed_conflict_and_French_intervention_in_Mali.pdf*, 1. мај 2018.

Grevi, G., de Vasconcelos, A., *Partnerships for Effective Multilateralism*, EU Institute for Security Studies, Paris 2008.

Hoffmeister, F., *The European Union and the Peaceful Settlement of International Disputes*, Oxford University Press, Oxford 2012.

Милисављевић, Б., *Нове мировне мисије Организације Уједињених нација*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007. (Milisavljević, B., *Nove mirovne misije Organizacije Ujedinjenih nacija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2007)

Mingst, K., Karns M., *Dilemmas in World Politics, The United Nations in the 21st Century*, Westview Press, Boulder, Colorado 2011.

Рачић, О., *Уједињене нације између моћи и права*, Службени гласник, Београд 2010. (Račić, O., *Ujedinjene nacije između moći i prava*, Službeni glasnik, Beograd 2010)

Rumelili, B., „The European Union's Impact on the Greek-Turkish Conflict“, *Working Papers Series in EU Border Conflicts Studies, University of Birmingham* 6/2004.

Sands, Ph., Klein, P., *Bowett's Law of International Institutions*, Sweet and Maxwell, 2009[6].

Schweigman, D., *Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter: Legal Limits and the Role of the International Court of Justice*, Kluwer Law International, Boston, Massachusetts 2001.

Schermers, H., Blokke, N., *International Institutional Law: Unity Within Diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2011[5].

Симић, Ж., Јанковић, А., *Кипар историјат уједињења*, Свет књиге, Београд 2015. (Simić, Ž., Janković, A., *Kipar istorijat ujedinjenja*, Svet knjige, Beograd 2015)

Sola, N. F., „The European Union as a Regional Organization within the Meaning of the UN Charter“, *Polish Yearbook of International Law* 2013.

Ujvari, B., „The Global Strategy – reinvigorating the EU's multilateral agenda?“, *Security Policy Brief* 69/2016.

Van Vooren, B., Blockmans, S., Wouters, J., *The EU's Role in Global Governance: The Legal Dimension*, Oxford University Press, Oxford 2013.

Vladimir Ateljević, PhD

Member of Serbian EU Accession Negotiating Team

RELATIONS BETWEEN THE UNITED NATIONS AND THE EUROPEAN UNION: MULTILATERAL PRAGMATISM IN MAINTAINING PEACE AND SECURITY

Summary

The lesson learned about the EU says that the Union is not a hard power organization. This fact does not diminish the value and significance of its existence. In addition, the 28 Member States still see the EU in the majority of policy areas as the best format to achieve goals as a result of joint actions rather than the pure individual actions of its members. Put it simply, the EU is stronger whole and united, rather than a mere set of its parts.

At the same time, the aforementioned 28 either individually or in groups are faced with a set of common challenges, risks and threats. These motivate the EU to define common external political and security priorities. One of the basic foreign policy priorities is multilateralism in external action. For authors and decision-makers of the EU's Global Strategy, this is one of the ways to make the EU more influential in international scene, and to achieve external relations objectives that are enlisted in Article 2 of the Lisbon Treaty. In the very heart of this system is the UN and that is asserted in the text of the EU Global Strategy.

Do the EU and the UN jointly have the potential for multiplication of their influence, and can they serve as a platform for achieving

the goals of both organizations on the international arena, and how these relations look in the contemporary and historical retrospective are all the main subject and content of this article.

Key words: *International Organizations. – Peace Keeping Missions and Operations. – Peacful Settlement of Disputes. – Multilateralism. – European Union. – United Nations*.

Article history:
Received: 1. 5. 2018.
Accepted: 29. 6. 2018.

УДК 343.85:343.62-053.2/.3(497.11); 347.63(497.11)

CERIF: S130, S149

Светлана Мијовић, мастер*

ТЕЛЕСНО КАЖЊАВАЊЕ ДЕЦЕ СА АСПЕКАТА ПОРОДИЧНОГ И КРИВИЧНОГ ПРАВА – (НЕ)ПОМИРЉИВИ ТОНОВИ

У раду аутор полази од ширег сагледавања проблема телесног кажњавања деце у васпитном процесу са аспеката ванправних научних дисциплина, затим анализира међународноправне оквире забране телесног кажњавања деце и даје кратак приказ решења која су заступљена у упоредном праву. У даљем тексту фокусира се на различита гледишта породичног и кривичног права према питању потребе (неопходности) апсолутне забране телесног кажњавања деце. Са тим циљем, аутор најпре упоређује постојеће законско решење у породичном законодавству са предложеним (новим) решењем у Преднацрту Грађанског законика Србије. Надаље, аутор је покушао и да са аспекта кривичног права постави критеријуме за разграничење ситуација у којима се вршење родитељског права може сматрати посебним основом искључења противправности од оних ситуација у којима ће постојати кривично дело насиља у породици. Дати су и предлози de lege ferenda који би у извесној мери могли да помире различита полазна становишта породичног и кривичног права, односно који би у што већој мери били прихватљиви за те обе гране права.

Кључне речи: *Телесно кажњавање. – Противправност. – Права детета. – Родитељство. – Злостављање детета.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Васпитање деце је један од најважнијих (уједно и најтежих) задатака родитељства будући да „човек само васпитањем може постати

* Ауторка је студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду, *svetlanamijovic1987@gmail.com*.

човеком“[1], због чега је нужно пронаћи „оптимум васпитања“ које ће донети највише користи, а нанети најмање штете детету.[2] Филозофија васпитања се мењала у различитим епохама, па су тако доминирала и различита васпитна средства. Последично, родитељски статус као скуп права и обавеза на релацији родитељ – дете изнедрио је и велики број правних термина, хронолошки посматрано, најпре „родитељска власт“ и „родитељски ауторитет“, а затим „родитељско старање“ и „родитељско право“[3] те „родитељска одговорност“.[4] Усвајањем концепта о аутономним правима детета (који представља „круну“ опште еволуције индивидуализма и афирмације аутономије личности у породичном праву), измењени су контекст и дејство вршења родитељског права, тако да је сада акценат на детету као субјекту права. Родитељска права се све више претварају у родитељске обавезе, а држава родитељима намеће и бројна ограничења и забране, иако је свесна да су родитељи и даље примарно одговорни за живот те (правилно) васпитање и развој детета. Тако су у великом броју (претежно европских, али и неких ваневропских) држава последњих година донети посебни закони којима је изричито забрањено свако телесно кажњавање малолетне деце. Истовремено са експанзијом породичноправне интервенције у тој области, могу се чути и аргументоване тврдње да је превелико уплитање државе

---

[1] Имануел Кант, *Васпитавање деце* (превод са немачког Милан Шевић), Логос-Арт, Београд 1999, 7.

[2] Вид. Жарко Требјешанин, „Психолошки аспекти праксе кажњавања деце у српској патријархалној култури“, *Кругови детињства* 1–2/2015, 110.

[3] Тај термин је садржан у Породичном закону и као такав је најраспрострањенији у домаћој литератури, с тим што треба разликовати само право од вршења права јер прекид заједнице родитеља доводи до промена у старању детета, па родитељско право може вршити и само један родитељ – тзв. самостално вршење родитељског права. Поједини аутори истичу да је обавеза старања о малолетној деци заједничка за оба родитеља, те предлажу да се *de lege ferenda* у том смислу и дефинише родитељски однос, а не у смислу заједнице живота родитеља и детета које му је поверено на чување. Вид. Марина Јањић Комар, „Родитељска одговорност“, *Ново породично законодавство* (ур. Зоран Поњавић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2006, 250.

[4] Вид. *ibid*., 247, где су дати разлози зашто је термин „родитељска одговорност“ адекватнији од законског термина „родитељско право“. Није спорно да Породични закон не познаје институт „родитељске одговорности“ већ полази од концепта родитељских права и дужности, али треба имати у виду да је правна терминологија често и ствар језичке конвенције и устаљене говорне праксе, тако да различито терминолошко означавање у том конкретном случају није у директној вези са садржином самог института, који је и у важећем Породичном закону нормиран на модерним основама. Значајније је истаћи да се правна природа родитељског права (и дужности) на васпитање детета у породичноправној доктрини одређује као императивна. Више о томе Милош Станковић, „Правна природа и остваривање права и дужности родитеља на васпитање и образовање детета у Србији“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011, 261.

у породичне односе контрапродуктивно и да превише попустљиво и презаштитничко (пермисивно) васпитање уз „нулту толеранцију" на употребу било каквог вида физичког деловања родитеља на дете ипак није најпожељнији модус васпитања јер децу не припрема за самосталан живот и будућу активну улогу у друштву.[5] Међутим, оба та међусобно супротстављена гледишта слажу се у једном – сваки вид злонамерног поступања родитеља уз примену (тежег) насиља над децом треба оштро санкционисати. Тако се, као кључно, намеће питање да ли је за остваривање идеала пружања најбоље заштите дечјих права сврсисходније да телесно кажњавање деце од родитеља буде апсолутно забрањено – и са аспекта породичног и са аспекта кривичног права, или пак само са аспекта кривичног права, и то у оним ситуацијама када су остварени битни елементи неког кривичног дела. Дакле, где су границе уласка у недозвољену зону (физичког) деловања на дете, односно да ли „брану" родитељима примарно треба да постави породично право или би она требало да буде *ultima ratio* карактера и резервисана само за најтеже облике неадекватног поступања са децом, који се у кривичноправном смислу испољавају као: „насиље над децом", „злостављање", „злоупотреба", „занемаривање", „експлоатација" и слично? Анализирајући домаћу и страну литературу, стиче се утисак да је породичноправна теорија склонија ставу да изричито треба забранити све поступке дисциплиновања деце који подразумевају извесну дозу репресивности и беспоговорно наметање воље ауторитета вољи детета, а нарочито сваки напад на физички интегритет детета. С друге стране, кривичноправна књижевност је претежно на становишту да би улога државе (и због могућности евентуалних злоупотреба) требало да буде, пре свега, превентивна и корективна, а реактивна и репресивна[6] само у изузетним случајевима озбиљног породичног насиља над децом. Из тога произлази да се родитељима мора оставити слобода у васпитању деце све док се крећу у прихватљивим кривичноправним оквирима. Међутим, да ли су те наизглед велике разлике (које

5 Сматра се да је претерана „болећивост" родитеља према деци некорисна и подједнако погубна за децу као и ситуације у којима родитељи потпуно занемарују, односно уопште нису заинтересовани за раст и развој своје деце.

6 Превентивна улога државе подразумева стварање афирмативних подстицаја и обезбеђивање амбијента за реализацију права и дужности родитеља на васпитање детета, док корективна функција државе обухвата институте породичног права, као што је, на пример, надзор над вршењем родитељског права. Реактивна функција државе резервисана је за „најтежи арсенал" породичноправних мера које најдубље и са најдалекосежнијим последицама задиру у родитељска овлашћења, као што су, на пример, лишење родитељског права или грађанскоправне мере заштите од насиља у породици, док се репресивна улога државе везује за примену прописаних кривичних санкција према родитељима као учиниоцима кривичних дела (претежно је реч о квалификованим облицима кривичних дела против брака и породице).

су великим делом последица и различитог нормативног устројства те две гране позитивног права) потпуно непомирљиве или се могу превазићи изградњом (јединственог) функционалног и кохерентног законског оквира који би у том најосетљивијем сегменту људских корелација уважавао животну реалност, а уједно био и сигуран „рам за велику слику" задовољног и срећног детета? Да ли су заиста неделотворна постојећа законска решења која почивају на идеји да је деци могуће обезбедити адекватну заштиту од телесног кажњавања на хоризонталној равни комплементарним деловањем најширег система одговорне социјалне подршке родитељима, нешто ужег система примерене породичноправне заштите и најуже (рестриктивно) постављеног система кривичноправног прогона? У вези са тим, да ли је у Републици Србији нужна измена постојеће регулативе у тој материји? Ако јесте, који су разлози (и оправдање) за све веће наметање императивних правила и неконтролисану пролиферацију правних норми у домену личних породичноправних односа? То су нека питања о којима ће у раду бити више речи.

2. РАЗЛИЧИТА СТАНОВИШТА О ТЕЛЕСНОМ КАЖЊАВАЊУ ДЕЦЕ – ПЕДАГОШКИ, ПСИХОЛОШКИ, СОЦИОЛОШКИ, КУЛТУРОЛОШКИ, ФИЛОЗОФСКИ И ЕТИЧКИ АСПЕКТИ ПРОБЛЕМА

Казне у васпитању[7] дефинишу се као средства педагошког утицаја која се примењују онда када дете испољи неко непожељно понашање, са циљем да се смањи вероватноћа поновног јављања тог понашања. Казне могу бити вербалне (критика понашања), могу се састојати у ускраћивању позитивног поткрепљења (одузимање угодности или губљење наклоности), могу се манифестовати као непријатно а корисно задужење (да дете поправи оно што је покварило), а могу бити и телесне. Телесно кажњавање се од осталих видова кажњавања издваја управо по томе што га карактерише употреба физичке силе са намером да се постигне „покорност" детета. Сложеност саме појаве телесног кажњавања деце у феноменолошком и етиолошком смислу чини је предметом истраживања бројних научних дисциплина, што нужно изискује и мултидисциплинарни приступ тој материји. У тим ванправним наукама, као уосталом и у судској и животној пракси, подељена су мишљења о потреби (боље рећи, неопходности) повременог телесног кажњавања деце.

[7] Антипод казнама у васпитању су награде у васпитању. За разлику од казни, које су (са становишта родитеља) увек последица друштвено неадекватног понашања детета које треба елиминисати, награде делују на основу потпуно супротног механизма – њихов примарни циљ је да учврсте неку исправну активност детета.

Размимоилажења су последица различитих доктринарних гледишта аутора, али и разлика у вредносним судовима те социолошким и (етно)културолошким особеностима одређене средине. Начелно (али и крајње сумарно) говорећи, на овим нашим просторима дуго се сматрало да је телесно кажњавање деце пожељно, и то не само од родитеља, већ и од педагошких радника у образовном процесу, а потом да је оно (понекад) оправдано.[8] Међутим, заступана су и нешто умеренија становишта која су наглашавала да је такав вид кажњавања заправо „нужно зло“.[9] Сва та схватања била су у складу са доминантно патријархалним културним обрасцем, чија је главна (стереотипна) карактеристика била упадљива асиметрична дистрибуција моћи и строга хијерархија, односно доминација мушких припадника над женским и старијих над млађим.[10] И данас се у једном делу јавног дискурса могу чути ставови да ће уколико се *pro futuro* родитељима потпуно забрани кажњавање властите деце, доћи до кризе поверења између родитеља и деце, што може изазвати „анархију“ у породицама и све веће слабљење моћи родитеља, због чега ће деца постати размажена и презаштићена и имати проблема да одрасту у функционалне одрасле особе. Наводи се и то да „батина“ има функцију да побољша ефикасност других дисциплинских стратегија, због чега се не може избећи, осим по превелику цену замене моралног интегритета лицемерјем, погову имајући у виду да многи (поприлично забрињавајући) подаци говоре о све већем расту девијантног понашања међу младима последњих година.[11] Истиче се и да често телесно кажњавање деце доприноси повећању друштвене

---

[8] Посебно се учинковитим сматрало кажњавање „дражима ниског интензитета“, које имају првенствено когнитивну функцију (функцију знака), а не аверзивну, тако да усмеравају дечју пажњу на везу између опомене и забрањеног поступка, дајући детету јасно обавештење да оно чини неодобрени поступак. Више о томе Слободанка Гашић Павишић, *Кажњавање и дете*, Институт за педагошка истраживања – Просвета, Београд – Нови Сад 1988, 65. У прилог аргументима да је из љубави према детету у неким ситуацијама крајње оправдано казнити га, уз навођење бројних примера за такво поступање родитеља, вид. David Benatar, „Corporal Punishment“, *Social Theory & Practice* 2/1998, 257–258.

[9] Као примери ситуација у којима се у „крајњој нужди“ телесна казна (легитимно) може користити, у литератури су редовно навођене ситуације када је непосредно угрожен живот детета, а дете избегава да се подреди родитељу, па је родитељ принуђен да реагује брзо и експлозивно и телесно га казни, пошто нема времена за дуга објашњавања или примену неке друге (афирмативније) методе кажњавања (на пример, истрчавање малог детета на улицу).

[10] Више о томе Ж. Требјешанин, 105.

[11] Тај тренд није мимоишао ни Србију. Између осталог, вид. податке Републичког завода за статистику о броју осуђених малолетних учинилаца кривичних дела (на пример, 2006. године – 1.566, 2007. године – 1.996, 2008. године – 2.229, 2009. године – 1.902, 2010. године – 1.640, 2012. године – 2.302, 2013. године – 2.648, 2014. године – 2.034, 2015. године – 1.926 и 2016. године – 2.032). Републички

стопе насиља, док исто тако висока стопа друштвеног насиља повратно утиче на стварање друштвене климе у којој је телесно кажњавање деце прихватљиво.[12] Осим тога, указује се и на то да се литература о штетним ефектима телесног кажњавања деце ослања само на тешке облике физичког дисциплиновања деце, па је непримењива на ситуације у којима родитељи из крајње алтруистичких побуда, односно мотивисани бригом за добробит властитог детета, повремено прибегавају његовом благом телесном кажњавању.[13]

С друге стране, заговорници новијих схватања истичу да свако дисциплиновање које у себи има елементе насиља (колико год из угла родитеља деловало безазлено и безопасно) не нарушава само телесни интегритет детета већ утиче и на спокојство и душевно стање детета као личности која је још у развоју, а тако подрива и самопоуздање детета. Уз то, многа структурална истраживања негирала су да телесна казна производи она пожељна дејства која су јој годинама приписивана[14] или су макар доказала да сви ти (крајње евентуални) „бенефити“ таквог вида васпитања не могу да превазиђу негативне ефекте које свако физичко кажњавање (увек и нужно) трајно оставља у душевној сфери детета.[15] Деценије и векови који

завод за статистику – Билтени: Малолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2010. и 2016, *www.stat.gov.rs*, 10. април 2018.

12 Више о томе Jennifer Lansford, Dodge Kenneth, „Cultural Norms for Adult Corporal Punishment of Children and Societal Rates of Endorsement and Use of Violence“, *Parenting: Science & Practice* 3/2008, 265–267.

13 Вид. Sabrina Fréchette, Michael Zoratti, Romano Elisa, „What is the link between corporal punishment and child physical abuse?“, *Journal of Family Violence* 2/2015, 135, и ауторе који се ту наводе. У нашој литератури се наводи и да психологија још увек не располаже поузданим сазнањима да је свака телесна казна штетна, будући да ни експериментална ни неекспериментална истраживања, а ни сазнања из клиничког рада са пацијентима, нису потврдила ту (почетну) хипотезу. Више о томе Јован Мирић, „Психолошка сазнања о телесном кажњавању деце“, *Нова српска политичка мисао* 1–2/2011, 180–182.

14 Више о томе Хелмут фон Бракен, *Телесна казна у васпитању – социолошка, психолошка и педагошка истраживања* (превод са немачког Милош Јанковић), Штампарија Св. Сава, Београд 1930, 7.

15 Тако се у литератури наводи да „свако телесно кажњавање делује на један штетан, болан начин на самопоштовање, и то све више што деца постају старија, дете осећа да му је угушено људско достојанство, па чак и онда кад тренутни ефекат може бити изненађујуће добар, свеједно, непожељни део има дуготрајне последице које понекад трају деценијама, као нека благо болна рана која не зараста“. Ерих Габерт, *Кажњавање у самоваспитавању и васпитавању детета* (превод са енглеског Нада Шкондрић), Антропософски културни центар, Београд 1998, 58. И једно од најновијих и најсвеобухватнијих психолошких истраживања деце оба пола узраста од седам до десет година, које је спроведено у осам социодемографски потпуно различитих земаља (Кина, Колумбија, Италија, Јордан, Кенија, Филипини, Тајланд и САД), које је трајало две године, показало је да је физичко кажњавање деце негативан развојни фактор у више домена дечјег функционисања, укључујући и развојно

су иза нас јасан су показатељ да ни широка распрострањеност телесних казни у васпитању деце није сасвим успешан начин контроле њиховог понашања – „батине“ нису смањиле дечју агресивност ни вероватноћу да ће дете опет направити исти „прекршај“. Доказано је и да су деца коју су родитељи често и строго физички кажњавали била агресивнија према својим вршњацима, што је у великом броју случаја довело и до каснијег преступничког понашања у одраслом животном добу.[16] Ово стога што телесна казна не доприноси трајном изграђивању позитивног понашања и мишљења детета већ само тренутно елиминише негативно понашање.[17]

Данас ће се у анкетама већина родитеља изјаснити да се противи телесном кажњавању деце и рећи да је „родитељство без батина“ идеал коме они безрезервно теже у одгајању деце, а опет мали је проценат оних родитеља који заиста никада не посежу за ударцем као васпитном методом.[18] Савесни родитељи су заправо уверени да децу „кажњавају са циљем да кажњавање постане непотребно“[19], али им се често догоди да у том кажњавању „мало претерају“, па насиље ескалира јер интензитет физичке казне није увек лако степеновати и „држати под контролом“.[20] Осим тога, истиче се да ако би се допустило постојање посебних изузетака у којима је дозвољено теле-

прилагођавање деце (а посебно испољавање анксиозности и агресије), чак и у ситуацијама доминантно брижног односа мајке према деци. Вид. Jennifer Lansford *et al.*, „Corporal Punishment, Maternal Warmth and Child Adjustment: A Longitudinal Study in Eight Countries“, *Journal of Clinical Child & Adolescent Psychology* 43(4)/2014, 670–685.

16 Вид. Љиљана Радуловић, „Политика сузбијања малолетничког криминалитета са елементима насиља“, *Насилнички криминал (етиологија, феноменологија, превенција)* (ур. Лепосава Крон), Институт за социолошка и криминолошка истраживања, Београд 2010, 111–123. У том раду аутор цитира и исповест једног бившег осуђеника који је провео низ година у пеналним институцијама због различитих деликата, укључујући и оне са елементима насиља, који, између осталог, говори о биолошким оштећењима (осим психолошких) деце која су у примарним породицима трпела насиље од раних година и о утицају тих оштећења на касније понашање те деце која убрзо постају особе за криминалним досијеом.

17 Тако Ж. Требјешанин, 109.

18 Једна од доминантних карактеристика родитељског кажњавања деце јесте да се оно одвија „иза затворених врата“ због чега је обавијено „велом тајности“, што спречава тачну процену распрострањености те појаве, мада истраживања показују да је итекако заступљена, и то у готово свим друштвима, без обзира на њихову економску развијеност. Вид. Michael Freeman, Bernadette Saunders, „Can we Conquer Child Abuse if we don't Outlaw Physical Chastisement of Children?“, *International Journal of Children's Rights* 4/2014, 688.

19 С. Гашић Павишић, 7.

20 „Ако родитељ свакодневно удара дете за ово или оно невањалство, за све и свашта, онда ће када пожели да посебно казни озбиљнији ‘преступ’ почети да појачава јачину удараца и да помера његово место од мање болног ка болнијем...“ Витомир Стојаковић, *Злостављање деце*, Институт за социјалну политику, Београд

сно кажњавање деце, то би неминовно довело и до кршења начела једнакости деце пред законом. Наиме, тзв. благо физичко кажњавање деце у пракси је изразито распрострањено, а ни у једном законском тексту или међународном извору није прецизно дефинисано шта се под тим подразумева, па међу родитељима постоје велике разлике у учесталости и строгости физичких казни које примењују. Такође, концепт „разумног и хуманог кажњавања деце" у основи је *contradictio in adjecto* јер је у његовој бити перцепција деце као власништва њихових родитеља, која се у онтолошком смислу заснива на моћи јачег над слабијим. И на правнофилозофском нивоу поставља се питање оправданости кажњавања деце за кршење неких моралних правила у широј области личног понашања, када ни одрасли не бивају кажњени за такве „прекршаје", а кажњавање деце се не може оправдати ни са чисто вредносног становишта јер се казна као негација права и морално васпитање као њихова афирмација увек међусобно искључују.[21] Стога, „свако физичко кажњавање деце можда није 'велика етичка грешка' и није увек на линији злостављања детета, али је ипак неморално, и стога макар начелно мора бити законски недопуштено".[22]

3. МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ ОКВИРИ ЗАБРАНЕ ТЕЛЕСНОГ КАЖЊАВАЊА ДЕЦЕ И РЕШЕЊА ЗАСТУПЉЕНА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Стандарди заштите дечјих права и интереса полако (али сигурно) установљавају се на нивоу међународне заједнице. Идеја о детету као аутономном правном субјекту нормативно је уобличена доношењем Конвенције о правима детета (*Convention on the Rights of the Child*), 1989. године[23], која представља успешан спој протективистичког концепта и концепта права детета.[24] Конвенција садржи читав спектар дечјих права, па је тако, између осталог, у чл. 19

1984, 49 (цитирано према Надежда Љубојев, „Законска забрана физичког кажњавања детета", *Правни живот* 10/2009, 1051).

21 Више о томе С. Гашић Павишић, 10, и страни аутори који се ту наводе. Међутим, ти приговори који се упућују телесном кажњавању деце у суштини се односе на било који облик кажњавања, а не искључиво на примену телесних казни.

22 Patrick Lenta, „Corporal Punishment of Children", *Social Theory & Practice* 4/2012, 716.

23 Конвенцију је наша држава ратификовала. Вид. Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/90 и *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/96 и 2/97.

24 Вид. Невена Петрушић, Ивана Стевановић, „Правна заштита деце у Србији и међународни стандарди", *Права жртава и ЕУ (изазови пружања помоћи жртва-*

прокламована заштита деце од примене насиља, злостављања и занемаривања, док се у чл. 39 Конвенције разрађује подршка за физички и психички опоравак детета које је преживело неки облик насиља, која се мора одвијати у средини која подстиче здравље, самопоштовање и достојанство детета. Осим тога што се у чл. 19, ст. 1 Конвенције указује на посебно ризичне и штетне видове занемаривања, злостављања, експлоатације и насиља над децом, у ст. 2 тог члана Конвенције упућује се и на повезаност различитих видова и садржаја заштите дечјих права, а све зарад остваривања најбољег интереса детета, који се дефинише као стандард најмање штетне алтернативе која (у датом моменту) стоји на располагању. Међутим, мора се приметити да, иако Конвенција о правима детета садржи претежно перемпторне (*ius cogens*) норме које је прихватио (и великим делом имплементирао) велики број земаља, универзално међународно право у домену права детета још увек је у раној развојној фази, те га треба даље унапређивати[25], а то се односи и на одредбе о телесном кажњавању деце.[26]

ма) (ур. Весна Николић Ристановић, Сања Ћопић), Виктимолошко друштво Србије, Београд 2011, 87.

[25] Тако Невена Вучковић Шаховић, „Двадесет година Конвенције о правима детета“, *Правни живот* 10/2009, 1036.

[26] Ово посебно ако се има у виду да се у чл. 19 Конвенције о правима детета не наводи изричито да је забрањен сваки вид телесног кажњавања деце, па макар оно било и од родитеља, већ се помиње насиље над децом и представљају његови конкретни облици. Стога је један број земаља потписница Конвенције ту одредбу (погрешно) протумачио тако да се она односи само на теже облике кажњавања (односно еклатантног злостављања) деце. Управо из тог разлога, као својеврстан вид аутономног тумачења Конвенције, Комитет Уједињених нација за права детета усвојио је 2006. године Општи коментар „Право детета на заштиту од телесног кажњавања и других окрутних или деградирајућих облика кажњавања“ (*UN Committee on the Rights of Child – General comment No. 8(2006) The Right of the Child to Protection from Corporal Punishment and Other Cruel or Degrading Forms of Punishment*), у којем је дата јасна и свеобухватна дефиниција телесног кажњавања деце, а државама потписницама Конвенције сугерисано да у што скорије време у националним оквирима укину сваки облик тзв. легалног насиља над децом, уз паралелно јачање и механизама подршке родитељима у развијању алтернативних стратегија васпитања. Вид. Олга Цвејић Јанчић, „Забрана физичког кажњавања детета – прилог дискусији поводом Преднацрта Грађанског законика Србије“, *Правни живот* 10/2015, 7. Такво правно становиште Комитета за права детета, које на први поглед иде *praeter legem* (односно изван онога што је прописано Конвенцијом о правима детета), заправо је једино исправно јер је у складу са општим правилом међународног јавног права да се одредбе било ког међународног уговора који се односи на људска права увек морају тумачити у духу савремених (важећих) вредности, а не оних које су биле доминантне у тренутку када је тај међународноправни уговор донет, односно ступио на снагу. Дакле, корените промене у сагледавању тог проблема на општедруштвеном нивоу донеле су потребу да се и одредбе Конвенције о правима детета „одену у ново рухо“. Проблем је, међутим, у томе што општи коментари спадају у тзв. *soft law* и немају обавезујућу правну снагу као одредбе ратификованих конвенција, мада сва-

И Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (*European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) из 1950. године[27] забрањује мучење и нечовечно и понижавајуће поступање или кажњавање (чл. 3), а пружа и заштиту праву на поштовање приватног и породичног живота (чл. 8). Међутим, Европски суд за људска права се до сада претежно бавио питањима телесног кажњавања деце у предшколским и школским установама, односно кажњавањем деце од даљих крвних, тазбинских и адоптивних сродника и још ширег круга лица[28], тако да се из донетих одлука Суда не може нужно закључити да је и свако телесно кажњавање деце од родитеља апсолутно неприхватљива педагошка и васпитна мера. Такође, у европским оквирима важан корак ка ширем прихватању забране физичког кажњавања деце представља доношење Препоруке Парламентарне скупштине Савета Европе „Европска забрана физичког кажњавања деце“ (*Recommendation R(2004)1666 Europe-wide Ban on Corporal Punishment of Children*) из 2004. године, чији су најважнији циљеви промоција ненасилног родитељства и подршка доброј пракси инаугурисања новог концепта интегративних (узајамних) односа у породици, све до потпуне забране сваке врсте телесног кажњавања деце у породичном окружењу.

И поред појачаних активности организација на универзалном и европском нивоу усмерених ка (постепеном) унификовању националноправних система, у домену телесног кажњавања деце данас у свету постоји више различитих законских решења. Тако, у неким државама телесно кажњавање деце није културно прихваћено и у пракси се среће крајње изузетно (на пример, Кина, Јапан, Тахити)[29], а у другим је пак родитељима активним мерама државе изричито забрањено свако физичко кажњавање малолетне деце. Најпре су (претежно) скандинавске земље усвојиле законске забране родитељима да прибегавају било каквој врсти дисциплинског физичког кажњавања

како представљају добру смерницу – „путоказ“ за легислативну делатност држава на националном нивоу.

27 Конвенцију је наша држава ратификовала. Вид. Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/03, 5/05, 7/05 – испр. и *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/10.

28 Више о томе Марија Драшкић, „Шта је стварно ново око Породичног закона“, *Избор судске праксе* 12/2015, 15–16. Поред осталих пресуда, вид. *Case of A. v. the United Kingdom*, број представке 25599/94 од 23. септембра 1998. (кажњавање детета од очуха) и *Case of Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, број представке 7511/76 (и 7743/76) од 25. фебруара 1982. и *Case of Costello-Roberts v. the United Kingdom*, број представке 13134/87 од 25. марта 1993. (различита становишта Суда у погледу кажњавања детета од учитеља).

29 Вид. Н. Љубојев, 1049.

деце, што је дало почетне позитивне резултате у примени[30], па се тај тренд проширио и на велики број других држава (чланица Савета Европе). Тако је данас телесно кажњавање деце, примера ради, забрањено у следећим европским државама: Шведска (1979), Финска (1983), Норвешка (1987), Аустрија (1989), Кипар (1994), Данска (1997), Летонија (1998), Хрватска (1999), Бугарска (2000), Немачка (2000), Исланд (2003), Румунија (2004), Украјина (2004), Мађарска (2005), Грчка (2006), Холандија (2007), Португалија (2007), Шпанија (2007), Лихтенштајн (2008), Луксембург (2008), Молдавија (2009), Пољска (2010), Албанија (2010), Македонија (2013), Малта (2014), Сан Марино (2014), Андора (2014), Естонија (2014). И поједине ваневропске земље донеле су законе којима су забраниле васпитање деце које садржи елементе насиља (макар оно било и сасвим благог интензитета), тешког вређања и омаловажавања (Того, Венецуела, Уругвај, Нови Зеланд, Костарика, Кенија, Тунис, Република Конго, Јужни Судан, Хондурас, Туркменистан, Никарагва, Бразил, Боливија, Аргентина, Јужна Кореја, Бенин и др.).[31] Постоје и државе које су се обавезале да ће телесно кажњавање деце забранити у блиској будућности, чим обезбеде неопходне друштвене претпоставке за тако радикалне промене (на пример, Чешка, Ирска, Литванија, Словачка, Словенија), а у неким земљама су се највиши судови изјашњавали у корист апсолутне забране сваког вида телесног кажњавања деце и без постојања конкретне законске одредбе о томе (Италија, Израел и др.). Напослетку, у неким државама је (за сада) дозвољена разумна и умерена примена телесних казни према деци (на пример, САД, Канада, Аустралија, Велика Британија, Француска, Белгија, Швајцарска), а у ту групу земаља спада и Србија.

---

[30] Упор. Pernilla Leviner, „The Ban on Corporal Punishment of Children – Changing laws to change attitudes (the Swedish experience)“, *Alternative Law Journal* 3/2013, 159, и Karin Österman, Kaj Björkqvist, Kristian Wahlbeck, „Twenty Eight Years After the Complete Ban on the Physical Punishment of Children in Finland: Trends and Psychosocial Concomitants“, *Aggressive Behavior* 6/2014, 578–579. У тим радовима су на емпиријским основама анализирана искуства Шведске и Финске и постигнути напредак у елиминисању насилне праксе физичког васпитања деце, те дати предлози шта још треба урадити за даље учвршћивање „безбедности деце“ од блиских лица у дететовом најужем социјалном миљеу. Има и супротних становишта, којим се указује на то да се због разлика у доминантном менталитету у скандинавским земљама и оног који је карактеристичан за нека друга поднебља, у тим државама често догађало да за примену физичких казни према детету одговарају „гастербајтери“ ненавикнути на такав модел „државне бриге“ за њихово дете. То је било трауматично не само за родитеље, већ и за саму децу. Вид. Милан Шкулић, Ненад Илић, Славољуб Ђурђић, „Заштита деце или ‘вршњачко насиље’ над родитељима?“, *Нова српска политичка мисао* 1–2/2011, 193.

[31] Више о томе M. Freeman, B. Saunders, 683.

4. ПОРОДИЧНОПРАВНИ АСПЕКТ ТЕЛЕСНОГ КАЖЊАВАЊА ДЕЦЕ

4.1. Позитивноправни оквир

У Уставу Републике Србије из 2006. године[32] први пут су права детета издвојена као посебна права, па је тако у чл. 64, ст. 1 Устава прокламовано да деца уживају људска права примерено свом узрасту и душевној зрелости, а у ст. 3 истог члана да су деца заштићена од психичког, физичког, економског и сваког другог искоришћавања или злоупотребљавања. Осим тога, Устав садржи и (општу) одредбу о забрани дискриминације, која укључује и дискриминацију по основу старости (чл. 21, ст. 3), док је у чл. 25, ст. 2 Устава прописано да нико не може бити изложен мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању и кажњавању нити подвргнут медицинским или научним огледима без свог слободно датог пристанка. Одредбом чл. 64, ст. 5 Устава прописано је да ће се права детета и њихова заштита уредити законом.

Породични закон[33] је у чл. 6, ст. 1–3 предвидео да је свако дужан да се руководи најбољим интересом детета у свим активностима које се тичу детета, да је држава дужна да предузима све потребне мере за заштиту детета од занемаривања, физичког, сексуалног и емоционалног злостављања и сваке врсте експлоатације и да има обавезу да поштује, штити и унапређује права детета. Одредбом чл. 69, ст. 2 Породичног закона родитељима је забрањено да подвргавају дете понижавајућим поступцима и казнама које вређају људско достојанство детета, а уједно су и обавезни да штите дете од таквих поступака других лица. Дакле, из садржине цитиране одредбе чл. 69, ст. 2 Породичног закона произлази да је дозвољено телесно кажњавање деце од родитеља ако оно није понижавајуће и не вређа људско достојанство детета, односно да још увек актуелни Породични закон не забрањује изричито телесно кажњавање у васпитном процесу.[34] Да би телесна казна била забрањена, неопходно је да се

---

32 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

33 Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/05, 72/11 – др. закон и 6/15.

34 У прилог том доминантном схватању, вид. Слободан Панов, *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 198, Ивана Марковић, „Телесно кажњавање деце у кривичноправном контексту вршења родитељског права“, *Казнена реакција у Србији, 4. део* (ур. Ђорђе Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 287, и Ивана Стевановић, „Заштита деце – жртава злостављања и занемаривања и Породични закон Републике Србије“, *Ново породично законодавство* (ур. Зоран Поњавић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2006, 299. Међутим, у литератури се наилази и на другачије тумачење те законске одредбе, па се тако (посредно) изводи закључак да је у Републици Србији

њоме вређа људско достојанство детета. Другим речима, *de lege lata* у нашем правном систему није утврђено тзв. право детета на „ненасилно васпитање".

4.2. Преднацрт Грађанског законика Србије и (неуспели) покушај апсолутне забране телесног кажњавања деце

Објављеним Преднацртом Грађанског законика Србије из 2015. године[35] алтернативно је предвиђена апсолутна, односно релативна забрана телесног кажњавања деце.[36] Наиме, под рубрумом „Посебна

ипак законом забрањено свако физичко кажњавање деце. Вид. Емир Ћоровић, „Спорни облици дисциплинског кажњавања деце: да ли је реч о основу искључења противправности кривичног дела или насиљу над децом?", *Crimen* 2/2012, 216. Наиме, тај аутор одредбу чл. 69, ст. 2 Породичног закона доводи у везу са одредбом чл. 197 тог истог закона, којом је (поприлично широко и у основи дескриптивно) одређен грађанскоправни појам насиља у породици, па системским тумачењем закључује да је законом забрањен сваки вид физичког кажњавања деце, као и сваки други вид понижавајућег поступка или казне. Штавише, аутор иде и корак даље, па тврди да та забрана обухвата и све облике психичке „пресије" која је управљена на душевни интегритет детета. Са таквим ставом начелно се не можемо сложити, будући да представља превише екстензивно тумачење које није у складу са „духом" закона. Реч је потенцијално о одредби која суштински ограничава родитељска овлашћења, па јој се не може проширивати поље примене. Сматрамо да би се, у случају да желе да бране идеју о апсолутној забрани телесног кажњавања деце, судови у Србији, све до евентуалне измене законске регулативе, пре могли позивати директно на одредбе Конвенције о правима детета из 1989. године, посебно што је 2006. године уз ту конвенцију донет и Општи коментар „Право детета на заштиту од телесног кажњавања и других окрутних или деградирајућих облика кажњавања", који даје тумачење одредаба Конвенције које се односе на предметну проблематику.

35 Преднацрт Грађанског законика Србије – радни текст припремљен за јавну расправу са алтернативним предлозима, *Министарство правде Републике Србије*, мај 2015.

36 Посебно је питање да ли једна таква одредба треба да буде садржана у Грађанском законику или евентуално у неком *lex specialis*-у. У земљама чланицама Савета Европе тренд је усвајање посебних законских прописа који се искључиво односе на заштиту деце и њихова права. Притом, треба имати у виду и да, издвојени из великих кодификација, поједини правни институти, с једне стране, добијају прилику за бржи развој и афирмацију и привлаче много више пажње него када се сместе на периферно место у великом законику. С друге стране, декодификација може да изазове и ерозију основних и најважнијих правних начела и њој се често и прибегава управо са циљем да се избегну баријере које велике кодификације постављају, односно да се уведу решења која у њима не би била допуштена. Ипак, када је реч о увођењу апсолутне забране телесног кажњавања деце, то свакако није случај, с обзиром на то да бројне особености породичноправног статуса деце заслужују да та материја буде посебно регулисана, тим пре што засебно регулисање у садржинском смислу у овом случају неће значити и прекид догматских веза са општим породичноправним законодавством, већ управо супротно, појачану (допунску) заштиту дечјим правима. Покушај усвајања једног таквог закона у Србији био је Преднацрт Закона о правима детета (вид. Преднацрт Закона о правима детета, *Заштитник грађана Републике Србије*, новембар 2011). Тај законски текст је пошао од најлибералнијих

заштита детета“, након одредаба које су и до сада садржане у Породичном закону да је свако дужан да се руководи најбољим интересом детета у свему што се односи на дете и да је држава дужна да предузима све потребне мере за заштиту детета од занемаривања, физичког, сексуалног и емоционалног злостављања и од сваке врсте експлоатације, допунском одредбом чл. 2218 Преднацрта Грађанског законика Србије изричито је забрањено свако злостављање детета, а нарочито физичко кажњавање (*варијанта I*), односно прописано је да није дозвољено злостављање детета, а нарочито непримерено физичко кажњавање (*варијанта II*).[37] *Варијантом II* ублажава се претходна *варијанта I*, која је иницијално изазвала велико оспоравање једног дела (и стручне и лаичке) јавности. Тако, према (прогресивнијој) *варијанти I* свако физичко кажњавање изједначено је са злостављањем детета, док је према (умеренијој) *варијанти II* знак једнакости стављен само између злостављања и „непримереног физичког кажњавања“. На први поглед се уочава да у *варијанти I* кодификатор користи израз „забрањено је“, а у *варијанти II* израз „није дозвољено“, што и у семантичком смислу упућује на различито значење речи, а тиме и на неопходност различитог правног тумачења тих двеју алтернативних варијанти предложене норме. Осим тога, битно је истаћи и да се у предложеном тексту не прецизира шта се све подразумева под „злостављањем детета“, тако да је у обе варијанте потпуно јасно једино то да је један од појавних облика тог злостављања (који се издваја и наглашава речцом „нарочито“) „физичко кажњавање“, које се у даљој разради законске норме или потпуно забрањује или (условно) не дозвољава онда када је „непримерено“. Такође, имајући у виду стилизацију целокупног чл. 2218

решења у упоредном праву, па је тако у чл. 14, ст. 1–3 изричито нормирано да су телесно кажњавање и понижавајући поступци према детету са циљем његовог дисциплиновања забрањени у свим срединама, да су употреба физичке силе према детету и телесно ограничавање детета забрањени, те да се изузетно употреба физичке силе и мере телесног ограничавања детета могу, најкраће могуће време и само у мери која је неопходна ради заштите живота и здравља детета, другог лица, или заштите имовине веће вредности, предузети у складу са законом, када је то неопходно. Међутим, тај изузетак из ст. 3 не даје прецизан одговор на питање дозвољености телесног кажњавања деце у „граничним случајевима“ и као такав представља пример вишеслојне генералне клаузуле, због чега је за праксу готово неупотребљив. Управо због те изразите пермисивности у декларативном смислу, а без увођења јаког механизма заштите зајемчених права детета (па и заштите од телесног кажњавања), осим у уском кругу невладиног сектора, предложени законски текст никада није доживео ширу афирмацију и подршку научне и стручне јавности.

[37] У литератури је изнето и мишљење да „није било никакве потребе понављати налог за забрану злостављања детета у контексту норме у којој је најбољи интерес детета већ постављен као највиши правни стандард у свим активностима које се тичу детета, а заштита детета предвиђена као приоритетни задатак за државу“. Тако М. Драшкић, 14.

Преднацрта Грађанског законика Србије (који најпре говори о обавезама свих, а потом о обавезама државе), као и рубрум који тај члан носи, може се закључити да се злостављање и (непримерено) физичко кажњавање не односе искључиво на злостављање и кажњавање детета од родитеља (а што је засигурно била примарна интенција кодификатора) већ су предложене две алтернативне варијанте норме ширег, односно универзалног карактера. Надаље, одредбом чл. 2300, ст. 2 Преднацрта Грађанског законика Србије, под рубрумом „Чување и подизање детета“, прописано је да родитељи не смеју подвргавати дете понижавајућим поступцима и казнама које вређају људско достојанство детета те да су дужни да дете штите од таквих поступака других лица. Из целокупног предложеног текста Преднацрта произлази да понижавајући поступци и казне којима се вређа људско достојанство детета нису исто што и злостављање детета, а сходно томе изводи се и закључак да такви поступци и казне, у смислу посматраног чл. 2300, ст. 2, нису исто што и (непримерено) физичко кажњавање, које је уређено као (посебан) облик злостављања детета. Напослетку, одредбом чл. 2301 Преднацрта, која носи назив „Забрана физичког кажњавања детета“, прописано је да су родитељи дужни да дете штите од злостављања других лица. Дакле, у чл. 2301 изостављена је (првобитно планирана) реченица да родитељи не смеју физички кажњавати дете (то је сада део разраде чл. 2218 Преднацрта), тако да је у одредби чл. 2301 (остала) нормирана само дужност родитеља да дете штите од злостављања других лица. Тако, родитељима је најпре општом одредбом чл. 2218 забрањено (односно, није дозвољено) злостављање детета (при чему се та забрана односи и на сва друга лица), да би затим, посебном нормом чл. 2301, била прописана дужност родитеља да дете штите од злостављања других лица, што (системски тумачено) подразумева и њихову дужност да дете нарочито штите од (непримереног) физичког кажњавања других лица. Нејасно је зашто се кодификатор определио за такво решење, односно зашто предложене две варијанте новог ст. 2 чл. 2218 нису садржане у одредби чл. 2301, где им је место, с обзиром на садржину, али и рубрум тог члана кодекса – „Забрана физичког кажњавања детета“. То је, према мишљењу одређених аутора, такође, уступак оном делу јавности који се од самог почетка „разговора“ на ову тему противио апсолутној забрани телесног кажњавања детета.[38] Међутим, нама се чини да је, управо супротно, кодификатор желео да норма о забрани физичког кажњавања детета буде издвојена од норме о протективној улози родитеља (у ситуацијама када злостављање, односно кажњавање врши неко друго лице), те да сходно томе буде и засебно прописана као општа норма тзв. посебне (допунске) заштите

[38] Тако О. Цвејић Јанчић, 6.

детета, мада смо начелно становишта да једној таквој одредби, према логици ствари, више одговара место у чл. 2301. У сваком случају, све означене одредбе Преднацрта Грађанског законика Србије, иако су императивног карактера, нису снабдевене било каквим (у овом случају, ни административним, а ни грађанскоправним) санкцијама. Занимљиво је и да се у фокусу интересовања кодификатора није нашло емоционално (психолошко) кажњавање детета, које у неким случајевима може оставити много теже и трајније последице на живот и развој детета од његовог (благог) физичког кажњавања.[39]

Све у свему, предложене измене у Преднацрту Грађанског законика Србије и нису тако корените као што се о томе у претходном периоду у медијима сензационалистички извештавало. Нису предложене никакве додатне грађанскоправне мере за „непослушне родитеље" (које већ нису предвиђене актуелним Породичним законом) нити је пак сугерисана измена кривичног законодавства у тој области. Међутим, и поред тога, у току (демократске) јавне расправе о новом српском грађанском кодексу цитирана одредба чл. 2218 Преднацрта Грађанског законика Србије у обе своје варијанте дочекана је „на нож", због чега смо данас све ближе становишту да у тој материји неће бити никаквих промена у односу на решења садржана у Породичном закону. Иницијатива да се родитељима изричито забрани да телесно кажњавају своју децу оспорена је уз образложење да је реч о неотуђивом праву родитеља да према својој мери и на начин који они сами сматрају најприкладнијим дисциплинују своје дете, што укључује и примену одређеног интензитета силе, односно телесно кажњавање које није увек нехумано и понижавајуће. Морамо приметити да је такво схватање, с једне стране, на линији афирмативног тренда у психоанализи да се наглашава обавеза родитеља да детету постављају ограничења, а у складу је и са савременим породичноправним схватањем о све већој потреби да се (осим самог детета, уколико то његов узраст дозвољава) о важним питањима за развој детета консултују родитељи као примарно одговорни за живот детета, будући да би свако супротно решење „суспендовало родитељску одговорност за добробит детета".[40] С друге стране, на овом месту

[39] Вид. М. Драшкић, 15. То је можда и „свесни пропуст" кодификатора, ако пођемо од тога да није желео да даје посебан правни третман емоционалном кажњавању у односу на емоционално злостављање (које је претходно већ регулисано ст. 3 чл. 2218). Међутим, како је у оквиру злостављања детета кодификатор (сматрамо, с оправданим разлогом) посебно издвојио физичко кажњавање, не видимо *ratio legis* да се иста законодавна техника не примени и на емоционално кажњавање.

[40] Вид. Ж. Требјешанин, 111. У образлагању изнетог става тај аутор, између осталог, наводи да је „лицемерно подилажење деци и њихово стављање у позицију 'равноправних' партнера, погубно за децу. Дете мора остати дете, са свим својим особеностима и жељама, а родитељ мора бити родитељ са својим потребама и дужностима. Њихов однос је неизбежно асиметричан, а њихове социјалне улоге су нуж-

је упитно поставити и питање како онда Република Србија планира да (макар у одређеној неопходној мери) испуни обавезе предвиђене међународноправним уговорима на које се обавезала.

5. КРИВИЧНОПРАВНИ АСПЕКТ ТЕЛЕСНОГ КАЖЊАВАЊА ДЕЦЕ

5.1. Вршење родитељског права као (посебан) основ искључења противправности

Посматрајући задати проблем са аспекта кривичног права, најпре треба поћи од тога да постоје животне ситуације када и поред тога што су испуњена сва законска обележја неког кривичног дела, оно ипак не постоји јер му недостаје противправност, тј. постоји неки од основа искључења противправности. Осим основа искључења противправности који су предвиђени Кривичним закоником[41], постоје и они до којих се дошло у теорији или који се јављају у неким страним законодавствима[42], па тако већина наших аутора наводи да је „вршење родитељског права према малолетној деци“[43]

но комплементарне“, на основу чега аутор закључује да је детету неопходан ослонац родитеља да изгради свој лични идентитет и да је суштински допринос психоанализе критици савремене културе у томе што наглашава значај родитеља и нужност постављања ограничења.

[41] Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16.

[42] Другим речима, основи искључења противправности који су регулисани Кривичним закоником нису дати у смислу *numerus clausus*, управо због тога што је могуће да временом настану неки нови основи, а да неки стари престану да постоје или да се промени њихов садржај. Више о томе, као и о теоријским систематизацијама основа искључења противправности по одређеним критеријумима, вид. Наташа Делић, *Нова решења општих института у Кривичном законику Србије*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 26. Осим тога, треба истаћи и да наше кривично законодавство не садржи одредбу о појму противправности, али је у теорији преовлађујуће схватање да је суштина противправности противност правним прописима уопште, а не искључиво кривичноправним одредбама. На темељу тог схватања настали су основи искључења противправности који нису предвиђени кривичноправним већ неким другим правним нормама или се пак изводе из „духа“ целокупног правног система.

[43] Поједини аутори тај посебан основ искључења противправности означавају и као „право дисциплинског и васпитног кажњавања“ (или само као „право васпитања“, односно „право дисциплинског кажњавања“). Више о томе Бора Чејовић, „Основи искључења противправности кривичног дела“, *Нове тенденције у савременој науци кривичног права и наше кривично законодавство* (ур. Станко Бејатовић), Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Београд 2005, 108, и Марко Миловић, „Основи искључења противправности који нису предвиђени Кривичним закоником“, *Правни живот* 10/2008, 60. Такође, занимљиво је да се и у нашој старијој кривичноправној литератури тај основ посебно издвајао,

један од засебних основа искључења (материјалне) противправности. Противправно је само ако родитељ (евентуално) прекорачи то право, при чему је граница прекорачења увек ствар фактичке процене. Међутим, највећи проблем „вршења родитељског права“ као основа искључења противправности јесте у томе што тај основ не само да није предвиђен Кривичним закоником већ се у данашње време само посредно и уз крајње екстензивно тумачење „тренутне правне празнине“ у породичном законодавству (непостојање изричите одредбе о забрани телесног кажњавања деце) може закључити о допуштености његове примене. Тиме је остављено широко (ничим омеђено) поље судовима да у сваком конкретном случају одлучују да ли кривично дело постоји или је пак његова противправност искључена. Такво становиште начелно није спорно када се ради о свим методама васпитања које не укључују примену силе. Тако, у вршењу родитељског права, примера ради, може доћи до остваривања бића следећих кривичних дела: противправно лишење слободе (чл. 132 КЗ), принуда (чл. 135 КЗ), угрожавање сигурности (чл. 138 КЗ), повреда тајности писама и других пошиљки (чл. 142 КЗ), увреда (чл. 170 КЗ), уништење и оштећење туђе ствари (чл. 212 КЗ), а да због искључења противправности предузетог чињења кривично дело не постоји. Проблем, међутим, настаје код физичког (телесног) кажњавања деце од родитеља, мада један број аутора сматра да би и у тој ситуацији противправност могла бити искључена ако се такве мере дисциплинског кажњавања предузимају са циљем васпитања, ако су прикладне и сразмерне те уколико не укључују наношење тешке телесне повреде.[44] Дакле, „црвена линија“ изнад које се улази у криминалну зону јесте теже телесно повређивање детета. Том (егзактном) кривичноправном критеријуму, уз остављање родитељима одређеног слободног поља деловања, као помоћне критеријуме треба додати и оне из педагошке и психолошке литературе. Тако посебно треба имати у виду: узраст малолетног детета, заправо, когнитивну зрелост и телесну и душевну конституцију детета (старије и зрелије дете је одговорније за своје поступке)[45], врсту ударца (отвореном

и то као „основ искључења противправности по јавном праву“ – „овлашћење дисциплинског и васпитног кажњавања“ када се то чини у васпитном циљу, у границама допуштеног и хуманог, с тим што тада није прављена разлика између кажњавања од родитеља и кажњавања од учитеља школске деце. Вид. Тома Живановић, *Основи кривичног права Краљевине Југославије – посебни део: књига прва*, Гундулић, Београд 1938, 160, и Миодраг Аћимовић, *Кривично право – књига прва: општи део*, Градска штампарија, Суботица 1937, 76.

[44] Тако, вид. Зоран Стојановић, *Кривично право – општи део*, Правна књига – Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 153.

[45] У литератури се наводи да ударцима малом детету родитељи показују своју надмоћ, а тинејџерима у великој мери своју немоћ јер деца тог узраста јасно осећају да родитељ не налази другог начина да постигне оно што хоће у васпитном

или затвореном шаком стиснутом у песницу, односно употребом неког средства), јачину ударца и део тела детета који је ударен (сматра се допуштеним само благи ударац по оним деловима тела где неће настати повреда неког органа или важног дела тела), евентуалне последице на телу детета (подливи, ране), временски однос са „прекршајем" (пожељно је да интервал између појаве нежељеног понашања и казне буде што краћи јер је тада казна најефикаснија), прилагођеност казне природи, врсти и тежини учињеног „прекршаја" (казна мора бити праведна) те учесталост примене казне (телесно кажњавање треба да има карактер повремености) и окружење у којем се кажњавање одвија (да ли се казна извршава у приватном кругу или пред „очима јавности").[46]

Неспорно је да у случају остварења бића кривичног дела тешке телесне повреде (чл. 121 КЗ), односно бића кривичног дела лаке телесне повреде нанесене оружјем, опасним оруђем или другим средством подобним да тело тешко повреди или здравље тешко наруши (чл. 122, ст. 2 КЗ), кажњивост постоји, али се поставља питање да ли баш свако телесно деловање на дете, на пример, благи ударац

процесу. Вид. Зоран Миливојевић *et al.*, *Мала књига за велике родитеље (приручник за васпитавање деце)*, Психополис институт, Нови Сад 2008, 73–74. Такође, истиче се и да је телесна казна непримењива у односу на децу до 18 месеци, а да свако (па и најблаже) телесно кажњавање детета млађег од 12 месеци представља злостављање.

[46] Између осталог, вид. Зоран Миливојевић, „Разумно телесно кажњавање деце као неотуђиво родитељско право", *Нова српска политичка мисао* 1–2/2011, 163–164, и И. Марковић, 296. Већина психолога која се бавила том темом тврди да физичко злостављање најчешће није изоловано од других врста злостављања, посебно емоционалног, тако да су са њиховог становишта главни критеријуми за процењивање допуштености или кажњивости неког ударца (а тиме и критеријуми који одвајају уобичајено „телесно васпитање" од злостављања) општи однос између родитеља и детета и чињеница да ли тај родитељ у неким другим околностима примењује и блаже дисциплинске методе васпитања (у контексту доброг родитељства телесна казна мора бити само један елемент васпитног репертоара резервисан за крајње и изузетне ситуације). Међутим, ти као и неки други критеријуми који се срећу у ванправној литератури – на пример, извесност казне, односно доследност родитеља у кажњавању неког асоцијалног понашања детета (казна мора бити неизбежна у смислу да за сваки (исти) „прекршај" следи (иста) казна), објашњење и упозорење (да ли је ударац био праћен објашњењем, односно да ли је дете било претходно упозорено да ће бити кажњено ако прекрши заповест родитеља), због своје апстрактности и нефокусираности само на један (изоловани) акт насиља нису критеријуми који би могли бити применљиви у домену кривичног права. Не треба прихватити ни изнето мишљење једног броја аутора да је од круцијалне важности сагледати пол детета („батине" су тако далеко прихватљивије за мушку него за женску децу), с обзиром на то да прављење такве дистинкције није у складу са зајемченом равноправношћу полова. Међутим, треба указати на неспорну чињеницу да су у патријархалним културама „батине" неравномерно заступљене, односно да се чешће кажњавају мушка и старија деца него женска и млађа. Упор. Ж. Требјешанин, 108.

по задњици отвореном шаком, представља кажњиву (обичну) лаку телесну повреду (чл. 122, ст. 1. КЗ). Ако се стриктно тумачи законска одредба да се (обична) лака телесна повреда из ст. 1 чл. 122 КЗ састоји у лаком нарушавању телесног интегритета („ко другог лако телесно повреди“), односно у лаком нарушавању здравља, из тога произлази да се свако телесно деловање на дете начелно може подвести под лаку телесну повреду. С друге стране, не могу се „затворити очи“ ни на аргументе изнете у једном делу стручне јавности да је неоправдано изједначавање сваког (па и најблажег вида) телесног кажњавања деце са физичким малтретирањем и насиљем. Због тога се у кривичноправној литератури наилази на стандард „разумног (смисленог и правичног) телесног кажњавања“, који представља легитиман и легалан родитељски поступак који изазива бол одређеног (по правилу ниског) интензитета, али не повређује дете, а чија је искључива сврха исправка односно контрола понашања детета (не и намерно наношење патње).[47] Примера ради, родитељска казна се може састојати и у сасвим лаком ударцу, који је мање болан од оног које дете задобије у игри. У таквом случају, постојање објективног неправа (а самим тим и кривичног дела схваћеног у објективно-субјективном смислу) може се искључити и применом института дела малог значаја као (формалног) основа искључења противправности који је предвиђен Кривичним закоником (чл. 18)[48], будући да је циљ тог института управо да се искључи примена кривичног права у односу на случајеве у којима су испуњена сва обележја неког кривичног дела, а реч је о тако безначајном делу да примена кривичних санкција очигледно не би имала сврху, ни у погледу степена кривице учиниоца који није висок ни у погледу одсутности односно незнатности штетних последица. И остваривање наведених (кумулативно прописаних) услова (уз захтев да је реч о кривичном делу за које је прописана казна затвора до три године или новчана казна) у конкретном случају у великој мери зависи од процене суда, чиме се не добија много на учвршћивању осећаја (правне) сигурности родитеља, а који би свакако морали унапред да знају до које „границе“ се протеже

[47] Више о томе M. Freeman, B. Saunders, 684, и аутори који се ту наводе. Упор. З. Миливојевић (2011), 161, који такође на сличан начин (али са психолошког аспекта) дефинише појам „разумног телесног кажњавања“. У литератури се наводи и да је за појам „разумног телесног кажњавања“ потребно да мотиви родитеља нису бес, мржња, раздраженост, агресивност, задовољење садистичких порива и томе слично. Вид. И. Марковић, 296.

[48] Поједини аутори расправљају и о питањима у вези са другим теоријским моделима искључења одговорности родитеља за телесно кажњавање деце, па се тако баве питањима нужне одбране, крајње нужде и (претпостављеног) пристанка повређеног, као (могућим) основама искључења противправности. Ипак, у погледу родитељског кажњавања деце ти основи искључења противправности у домаћим оквирима, према нашем мишљењу, нису применљиви.

зона њиховог „слободног деловања“ у васпитном процесу.[49] Проблем тзв. багателног криминалитета успешно се решава и на нивоу кривичног процесног права применом института опортунитета кривичног гоњења. Такође, уз законодавну активност државе, проблем искључења кажњивости родитеља за телесно кажњавање деце могао би бити решен и на претходном ступњу, тј. на плану предвиђености дела у закону, и то тако што би се предвидео као лични основ искључења кажњивости.[50] Тиме би засигурно био „оптерећен“ законски текст у делу који се односи на поједина кривична дела, што је заправо нужна последица начела законитости, будући да се лични основи искључења казне не могу претпостављати нити по аналогији изводити из сличних случајева већ домен њихове примене мора бити законом изричито прописан.[51]

5.2. Телесно кажњавање деце у контексту остварености бића кривичног дела насиља у породици и сродних кривичних дела

Не треба заборавити чињеницу да физичко кажњавање деце *per se* има широк опсег интензитета и појавних облика – од сасвим лаког ударца по руци, преко шамара, вучења за уши и косу, па до „батина“

[49] Има аутора који сматрају да се примена института дела малог значаја треба проширити и у односу на тежи облик кривичног дела насиља у породици извршеног према малолетном лицу (чл. 194, ст. 3 КЗ), и то тако што би се изменила прописана казна, будући да је за то кривично дело прописана затворска казна од две до десет година, па је самим тим искључена могућност примене института дела малог значаја који је сада (као што је то било и изворно) „резервисан“ само за кривична дела са запрећеном казном затвора до три године. Међутим, сматрамо да у погледу кривичног дела насиља у породици, чак и да је хипотетички испуњен услов (апстрактне) тежине дела, из криминално-политичких разлога не би била оправдана примена института дела малог значаја. Постојање института дела малог значаја, према нашем мишљењу, мора се ограничити само на ситуације када је детету у васпитном процесу нанета (обична или евентуално опасна) лака телесна повреда, а не и на ситуације када је остварено биће (и радња извршења и последица) неког тежег кривичног дела усмереног против породице, посебно што ће се ту увек радити о квалификованом облику тог кривичног дела. За супротан став, вид. Е. Ћоровић, 218.

[50] Више о томе И. Марковић, 294–295, и немачки аутори који се ту наводе. Лични основи искључења кажњивости нису обележја бића кривичног дела већ додатне околности које утичу на кажњавање (или боље речи, некажњавање) одређених лица (односно категорија лица). Наиме, за нека кривична дела прописује се да одређена лица неће бити кажњена иако су остварена сва законска битна обележја кривичног дела. Разлози за прописивање личних основа искључења кажњивости, којима се начелно крши начело једнакости пред законом, увек су криминално-политичке природе.

[51] Приговор предимензионирања законског текста у посебном делу Кривичног законика могао би бити отклоњен тако што би тај лични основ искључења кажњивости био прописан једном законском одредбом, у којој би се таксативно навела сва кривична дела код којих је његова примена допуштена.

којима се могу нанети повреде детету, па чак изазвати и смрт.[52] Због тога их је нужно сагледавати и кроз „теже форме" које подразумевају оствареност бића неког од кривичних дела из Главе XIX Кривичног законика („кривична дела против брака и породице"). Уколико је реч о таквом телесном кажњавању које је прекомерно („премлаћивање"), учестало и без правог повода („за сваку ситницу"), те које увелико премашује један минималан праг озбиљности, онда то више и није кажњавање у процесу васпитања већ физичко злостављање (насиље) над дететом[53] па не може бити речи о основу искључења противправности. Радиће се о неком тежем кривичном делу, по правилу, о кривичном делу насиље у породици (чл. 194, ст. 3 КЗ) или о кривичном делу запуштање и злостављање малолетног лица (чл. 193, ст. 2 КЗ).[54]

Кривично дело насиље у породици (чл. 194 КЗ) јесте последично кривично дело, чија је једна од алтернативно прописаних радњи извршења примена насиља, а једна од алтернативно прописаних последица угрожавање телесног интегритета члана породице, у овом случају малолетног лица[55], од родитеља као учиниоца

[52] Више о томе С. Гашић Павишић, 26.

[53] Страни аутори злостављање деце углавном дефинишу веома широко, као све оно што омета „оптималан развој" детета. Вид. M. Freeman, B. Saunders, 690. Овде ћемо се ипак задржати на кривичноправној садржини тог појма.

[54] У литератури се посебно анализира однос између та два кривична дела, па се тако наводи да њихов стицај може бити само привидан. Више о томе Игор Вуковић, „Насиље у породици као кривично дело – поједини проблеми у примени права", *Насиље у породици* (ур. Слободан Панов, Марина Јањић Комар, Милан Шкулић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 135. Наиме, како је запрећена казна за кривично дело насиље у породици над лицем млађим од 18 година (чл. 194, ст. 3 КЗ) затвор од две до десет година, то кривично дело ће потиснути учињено кривично дело злостављање малолетног лица према чл. 193, ст. 2 КЗ, за које је запрећена казна затвора од три месеца до пет година. Полазећи од тога, даље инкриминисање злостављања малолетног лица као посебног кривичног дела је излишно, па цитирани аутор *de lege ferenda* (ако насиље у породици остане прописано у садашњем облику) предлаже другачије обличје тежег облика кривичног дела злостављања малолетног лица из чл. 193, ст. 2 КЗ.

[55] На овом месту важно је указати и на терминолошку неусклађеност Породичног закона и Кривичног законика (иако су донети у приближно исто време), па је тако у породичноправном законодавству дете свако лице испод 18 година, што је последица прихватања бројних међународноправних инструмената који постављају ту старосну границу, док Кривични законик прави разлику између млађег малолетника (лице од 14 до 16 година) и старијег малолетника (лице од 16 до 18 година), а дететом сматра лице које није навршило 14 година. Као заједнички назив за децу и малолетнике у Кривичном законику користи се израз малолетна лица. Тако је и за кривично дело насиља у породици као једна од квалификаторних околности из ст. 3 прописана околност да је дело учињено према малолетном лицу. Дакле, законодавац је сматрао да је иста „специфична тежина" тог кривичног дела и када је оно учињено према детету и када је учињено према малолетнику, па у том смислу није направио разлику у распону запрећених казни и зато је користио генусни појам малолетно лице.

кривичног дела. Породично насиље уопште[56] (па тако и насиље над децом) подразумева континуирано деловање, другим речима, насиље као модел понашања. У прилог томе говори и примена одговарајућих породичноправних и прекршајноправних мера које претходе кривичноправној реакцији, али и тумачење саме последице као (трајног) стања угрожености.[57] Међутим, могуће је и инцидентно насиље када је релевантан само један изоловани (ексцесни) акт насиља. Стога је домаћа судска пракса на становишту да за кривично дело насиља у породици није увек неопходна трајност или вишекратност радњи извршења већ је довољно да је испољен и само један насилнички чин према оштећеном (овде детету).[58] Поготову је то случај са насиљем над сасвим малом децом, где нису ретке ситуације да и један ударац, због своје бруталности и суровости, може значити озбиљно физичко злостављање детета. Не улазећи дубље у дискусију о карактеристикама радњи извршења кривичног дела насиља у породици, морамо приметити да све (алтернативно прописане) радње извршења које улазе у биће тог кривичног дела, па тако и примена насиља, саме по себи, представљају нека друга кривична дела[59], тако да ће кривично дело насиље у породици постојати само онда када наступи нека од алтернативно предвиђених последица. Кривично дело је, дакле, довршено наступањем конкретне опасности која може трајати дуже или краће време, која, као битно обележје бића кривичног дела, мора бити утврђена у сваком конкретном случају. Када је реч о повређивању телесног интегритета као начину остварења предметног кривичног дела, у квалификованом облику кривичног дела учињеног према малолетном лицу, а тај облик је нама овде посебно интересантан за шире сагледавање контекста злоупотребе васпитних овлашћења родитеља према деци, долазило би у обзир наношење

[56] О значају који држава придаје тој материји и деликатности њеног законског уређења говори и чињеница да је недавно ступио на снагу Закон о спречавању насиља у породици, који се примењује од 1. јуна 2017. године (вид. Закон о спречавању насиља у породици, *Службени гласник РС*, бр. 94/16).

[57] Вид. И. Вуковић, 129.

[58] Осим праксе судова, то становиште је доминантно и у нашој кривичноправној и породичноправној литератури. Између осталог, вид. *ibid.*, 128; С. Панов, 377. Међутим, аутори указују и на бројне контроверзе које прате примену инкриминације насиља у породици од њеног увођења у наш правни систем па до данас, а које су последица тога што кривично дело није номотехнички најсјајније описано, због чега је битно размотрити и конструктивне предлоге за измену постојећег законског решења, са циљем прецизирања криминалне зоне у основном облику кривичног дела насиља у породици.

[59] Вид. Милан Шкулић, „Насиље у породици (недовољно квалитетно законско решење, недоследна пракса, бројни проблеми и дилеме)“, *Ревија за криминологију и кривично право* 1–2/2012, 123.

и лаких и тешких телесних повреда.[60] Све то указује на озбиљност проблема (прекомерног) телесног кажњавања деце, који смо покушали да у најкраћим цртама детерминишемо и са овог (чисто) кривичноправног аспекта.

6. ПРЕДЛОЗИ *DE LEGE FERENDA*

Из свега изнетог на први поглед би се могло закључити да је најбоље да се Србија придружи великом броју оних земаља које су законом апсолутно забраниле телесно кажњавање деце у васпитном процесу, без предвиђања било каквих изузетака од те законске забране. Међутим, проблем са таквим решењем је у томе што, након његовог прихватања у правном поретку, уведена забрана ни под којим условима не би могла бити суспендована (дерогирана), а живот је често креативнији (а и компликованији) од права, па би се у пракси могле догодити бројне злоупотребе те (иначе, у основи крајње хуманистички и филантропски утемељене) забране. Стога је добро што се у јавној расправи о Преднацрту Грађанског законика Србије (за сада) одустало од првобитне идеје да се „по сваку цену“ изричито забрани сваки вид телесног деловања на дете у васпитном процесу (тзв. апсолутна забрана телесног кажњавања), односно да се телесно кажњавање деце „породичноправно инкриминише“ и *ipso iure* потпуно изједначи са злостављањем детета. Према нашем мишљењу, много је прихватљивија *варијанта II* предложеног чл. 2218 Преднацрта Грађанског законика Србије, односно усвајање законског решења да се са злостављањем детета може изједначити само његово непримерено физичко кажњавање (тзв. релативна забрана телесног кажњавања), с тим што сматрамо да би било пожељно да законски текст садржи и начелну одредбу о томе шта се подразумева под појмом „непримереног физичког кажњавања“. Притом, таква једна допунска одредба морала би бити и довољно флексибилна

[60] У случају наступања тешке телесне повреде малолетног лица била би остварена оба (алтернативно прописана) облика кривичног дела из чл. 194, ст. 3 КЗ (наступање теже последице – тешка телесна повреда и постојање квалификаторне околности: узраст пасивног субјекта – дело учињено према малолетном лицу). Ту је реч о привидном идеалном стицају и сматрамо да по односу специјалитета начелно треба предност дати постојању квалификаторне околности да је дело учињено према малолетном лицу која мора бити обухваћена умишљајем учиниоца, у односу на тежу последицу (наступање тешке телесне повреде) која је последица нехата учиниоца. Заправо, реч је о својеврсном алтернативитету, будући да је за оба облика кривичног дела запрећена иста казна, али с обзиром на однос специјалитета и потребу за појачаном кривичноправном заштитом лица која нису навршила 18 година, ипак није свеједно којој околности односно тежој последици ће се дати примарни значај, а која ће се секундарно узети у обзир као отежавајућа околност приликом одмеравања казне.

(адаптибилна) јер је право на васпитање деце одвајкада било (а тако треба и да остане) ексклузивни домен родитеља и поље њихове сопствене процене у избору најбољих метода и средстава васпитања, а уједно и довољно одређујућа (експликативна), што је значајно за спречавање сваког волунтаризма и изградњу осећаја (правне) сигурности родитеља, који би унапред морали знати где је постављена „брана“ њиховом „слободном родитељству“. Без таквог додатног прецизирања, овако како је норма сада формулисана у Преднацрту Грађанског законика Србије („Није дозвољено злостављање детета, а нарочито непримерено физичко кажњавање.“), она је недовољно јасна и могла би се тумачити на различите начине са потпуно супротним исходиштима. Неко би могао тврдити да и наведена *варијанта II* предложеног новог ст. 2 чл. 2218 Преднацрта Грађанског законика Србије заправо представља апсолутну забрану телесног кажњавања деце, која је само правнотехнички формулисана на другачији начин у односу на *варијанту I*, а неко да је реч о одредби која се суштински не разликује од већ постојећих у породичном законодавству, те која ни у чему не ограничава родитеље да наставе са досадашњом лошом праксом примене телесних казни у васпитању деце, будући да те казне (с објективног становишта посматрано) најчешће и нису „непримерене“. Осим тога, у тексту будућег законика требало би јасно указати на то да су забрањени и сви облици емоционалног (психичког) кажњавања детета, чији се интензитет посредно може процењивати на основу степена њихове штетности по душевни интегритет детета. Стога сматрамо да би две такве допунске одредбе, након предложене *варијанте II* чл. 2218 Преднацрта, могле да гласе: „Непримерено физичко кажњавање је свако поступање које, без обзира на васпитну сврху, озбиљније телесно повређује дете. Са непримереним физичким кажњавањем изједначено је и свако друго кажњавање које, без обзира на васпитну сврху, наноси патњу, вређа достојанство и угрожава спокојство и душевно стање детета.“ У примени правних стандарда из тако предложених решења, судска пракса би у сваком конкретном случају, као функционалне критеријуме за разграничење „обичне“ од „непримерене“ телесне казне, морала уважити и критеријуме које познају педагошка и психолошка литература, будући да су многи од њих примењиви и у правним оквирима.

Осим тога, сматрамо да је у домену кривичноправног регулисања физичког кажњавања деце, и без било каквог интервенисања у Кривичном законику, могуће да се „вршење родитељског права“ схвати као „ванкривичнозаконски“[61] основ искључења противправности, али само под условом да законодавац у грађанској материји прихвати другу (умеренију) од двеју предложених варијанти чл. 2218 будућег српског цивилног кодекса, уз њено нужно додатно прецизирање,

[61] Термин преузет из И. Марковић, 295.

за шта се овде залажемо. Само тако је могуће помирити два потпуно различита полазна становишта породичног и кривичног права, и то тако што би се „обостраним попуштањем“ (под паролом: нема апсолутне забране, али нема ни широког поља слободне процене) дошло до компромисног решења које је прихватљиво за обе гране права. Тиме би се спречило непотребно и неконтролисано ширење криминалних зона и оптерећивање посебног дела кривичног права притиском који би неминовно вршила свака већа промена у породичноправној материји. Није згорег на овом месту подсетити на то да и у аутономном систему кривичног законодавства (невезано за евентуално либералније регулисање традиционалних породичноправних института) треба критички преиспитати нека од постојећих законских решења ради њиховог даљег квалитативног усавршавања (посебно код кривичног дела насиља у породици), како би се створила неопходна платформа за законито и правилно деловање правосудних органа и функционисање правне државе. Напослетку, али не и мање битно, према нашем мишљењу, прихватљиво је и да се неком будућом законодавном реформом васпитни однос родитеља према малолетној деци предвиди као лични основ искључења кажњивости, како би и на тај начин могло да буде искључено постојање кривичног неправа (а тиме и кривичног дела), али само у погледу лакших кривичних дела (посебно за кривично дело лаке телесне повреде), док опсег примене института дела малог значаја нипошто не би требало додатно проширивати јер је његова примена и у овом домену оправдана само у ситуацијама када су за то иначе испуњени сада законом прописани услови.

7. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Физичко кажњавање деце није конструктиван метод васпитања и пример „доброг родитељства“. Међутим, и поред бројних (крајње оправданих) аргумената који се наводе у прилог усвајања законског решења којим би се апсолутно забранило свако телесно кажњавање деце, сматрамо да се родитељима ипак мора признати одређена (ограничена) слобода у васпитном процесу, која подразумева да предузета казна (па понекад и физичка) не мора нужно и аутоматски да буде квалификована као поступак који је штетан по дете, а још мање је треба „инкриминисати“ ван Кривичног законика породичноправним изједначавањем са насиљем – злостављањем, злоупотребом или занемаривањем детета. Само се између „непримереног физичког кажњавања“ и злостављања може ставити знак једнакости, посебно ако се има у виду да је у породици, с обзиром на појачан интензитет различитих емоција које у њој постоје,

понекад (уз сву добру вољу) заиста тешко раздвојити допуштено од насилног понашања. Ту деликатну границу између прихватљивих дисциплинских казни и оних које су неприхватљиве и опасне зато што угрожавају добробит детета као примарни (руководни) принцип у базичним породичноправним релацијама на нивоу родитељ – дете, суштински и без обзира на било какву законодавну реформу, може да дефинише само суд у одговарајућем (грађанском, односно кривичном) судском поступку. Инкорпорација савремених решења, која су садржана у међународноправним документима а и сугерисана од бројних међународних тела, у законодавство Републике Србије свакако је пожељена, али се мора јасно рећи да у погледу апсолутне забране телесног кажњавања деце (још увек) не постоји униформно решење, тако да ће то питање тек бити предмет преиспитивања на међународном плану. Такође, битно је знати да ни најнапредније законско решење, односно прокламовани високи стандарди у тој области, сами по себи, неће обезбедити квалитетнију и боље организовану заштиту деце у домену (примарне) породичноправне и (секундарне) кривичноправне реакције када се непримерено (а тиме и противправно) физичко кажњавање деце у породици ипак догоди. Стога је кључно развијати и друге ванправне механизме и сузбијати узроке насилног понашања у породици као „примарној ћелији друштва“ јер се једино тако може трајно обезбедити стварање услова да телесна казна као вид легалне принуде у васпитању деце, која је вековима стајала на располагању родитељима, временом потпуно ишчезне и постане реликт прошлости. То ће се догодити онда када „телесно васпитање“ у пракси буде замењено квалитетнијим формама васпитног деловања, односно савременим облицима контроле дететовог понашања, који подразумевају међусобно уважавање свих чланова породице, неговање индивидуалности, а посебно поштовање ставова и мишљења деце о свим питањима која их се тичу, те разумевање њихових развојних потреба, жеља и афинитета. Притом, који год модел васпитања одабрали (а пожељно је једино избегавати крајности – одгајање деце у претераној строгости или у претераној разнежености), кључно је да родитељи својој деци пруже топлину, сигурност и љубав јер ће само дете које се осећа вољено бити и послушно.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Аћимовић, М., *Кривично право – књига прва: општи део*, Градска штампарија, Суботица 1937. (Aćimović, M., *Krivično pravo – knjiga prva: opšti deo*, Gradska štamparija, Subotica 1937)

Benatar, D., „Corporal Punishment“, *Social Theory & Practice* 2/1998.

Цвејић Јанчић, О., „Забрана физичког кажњавања детета – прилог дискусији поводом Преднацрта Грађанског законика Србије“, *Правни живот* 10/2015. (Cvejić Jančić, O., „Zabrana fizičkog kažnjavanja deteta – prilog diskusiji povodom Prednacrta Građanskog zakonika Srbije“, *Pravni život* 10/2015)

Чејовић, Б., „Основи искључења противправности кривичног дела“, *Нове тенденције у савременој науци кривичног права и наше кривично законодавство* (ур. С. Бејатовић), Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Београд 2005. (Čejović, B., „Osnovi isključenja protivpravnosti krivičnog dela“, *Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i naše krivično zakonodavstvo* (ur. S. Bejatović), Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Srbije i Crne Gore, Beograd 2005)

Ћоровић, Е., „Спорни облици дисциплинског кажњавања деце: да ли је реч о основу искључења противправности кривичног дела или насиљу над децом?“, *Crimen* 2/2012. (Ćorović, E., „Sporni oblici disciplinskog kažnjavanja dece: da li je reč o osnovu isključenja protivpravnosti krivičnog dela ili nasilju nad decom?“, *Crimen* 2/2012)

Делић, Н., *Нова решења општих института у Кривичном законику Србије*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009. (Delić, N., *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009)

Драшкић, М., „Шта је стварно ново око Породичног закона“, *Избор судске праксе* 12/2015. (Draškić, M., „Šta je stvarno novo oko Porodičnog zakona“, *Izbor sudske prakse* 12/2015)

Fréchette, S., Zoratti, M., Elisa, R., „What is the link between corporal punishment and child physical abuse?“, *Journal of Family Violence* 2/2015.

Freeman, M., Saunders, B., „Can we Conquer Child Abuse if we don’t Outlaw Physical Chastisement of Children?“, *International Journal of Children’s Rights* 4/2014.

Фон Бракен, Х., *Телесна казна у васпитању – социолошка, психолошка и педагошка истраживања* (превод са немачког М. Јанковић), Штампарија Св. Сава, Београд 1930. (Fon Braken, H., *Telesna kazna u vaspitanju – sociološka, psihološka i pedagoška istraživanja* (prevod sa nemačkog M. Janković), Štamparija Sv. Sava, Beograd 1930)

Габерт, Е., *Кажњавање у самоваспитавању и васпитавању детета* (превод са енглеског Н. Шкондрић), Антропософски културни центар, Београд 1998. (Gabert, E., *Kažnjavanje u*

samovaspitavanju i vaspitavanju deteta (prevod sa engleskog N. Škondrić), Antroposofski kulturni centar, Beograd 1998)

Гашић Павишић, С., *Кажњавање и дете*, Институт за педагошка истраживања – Просвета, Београд – Нови Сад 1988. (Gašić Pavišić, S., *Kažnjavanje i dete*, Institut za pedagoška istraživanja – Prosveta, Beograd – Novi Sad 1988)

Јањић Комар, М., „Родитељска одговорност“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2006. (Janjić Komar, M., „Roditeljska odgovornost“, *Novo porodično zakonodavstvo* (ur. Z. Ponjavić), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2006)

Кант, И., *Васпитавање деце* (превод са немачког М. Шевић), Логос-Арт, Београд 1999. (Kant, I., *Vaspitavanje dece* (prevod sa nemačkog M. Šević), Logos-Art, Beograd 1999)

Lansford, J. *et al.*, „Corporal Punishment, Maternal Warmth and Child Adjustment: A Longitudinal Study in Eight Countries“, *Journal of Clinical Child & Adolescent Psychology* 43(4)/2014.

Lansford, J., Kenneth, D., „Cultural Norms for Adult Corporal Punishment of Children and Societal Rates of Endorsement and Use of Violence“, *Parenting: Science & Practice* 3/2008.

Lenta, P., „Corporal Punishment of Children“, *Social Theory & Practice* 4/2012.

Leviner, P., „The Ban on Corporal Punishment of Children – Changing laws to change attitudes (the Swedish experience)“, *Alternative Law Journal* 3/2013.

Љубојев, Н., „Законска забрана физичког кажњавања детета“, *Правни живот* 10/2009. (Ljubojev, N., „Zakonska zabrana fizičkog kažnjavanja deteta“, *Pravni život* 10/2009)

Марковић, И., „Телесно кажњавање деце у кривичноправном контексту вршења родитељског права“, *Казнена реакција у Србији, 4. део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014. (Marković, I., „Telesno kažnjavanje dece u krivičnopravnom kontekstu vršenja roditeljskog prava“, *Kaznena reakcija u Srbiji*, *4. deo* (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014)

Миливојевић, З. *et al.*, *Мала књига за велике родитеље (приручник за васпитавање деце)*, Психополис институт, Нови Сад 2008. (Milivojević, Z. *et al.*, *Mala knjiga za velike roditelje (priručnik za vaspitavanje dece)*, Psihopolis institut, Novi Sad 2008)

Миливојевић, З., „Разумно телесно кажњавање деце као неотуђиво родитељско право“, *Нова српска политичка мисао* 1–2/2011.

(Milivojević, Z., „Razumno telesno kažnjavanje dece kao neotuđivo roditeljsko pravo“, *Nova srpska politička misao* 1–2/2011)

Миловић, М., „Основи искључења противправности који нису предвиђени Кривичним закоником“, *Правни живот* 10/2008. (Milović, M., „Osnovi isključenja protivpravnosti koji nisu predviđeni Krivičnim zakonikom“, *Pravni život* 10/2008)

Мирић, Ј., „Психолошка сазнања о телесном кажњавању деце“, *Нова српска политичка мисао* 1–2/2011. (Mirić, J., „Psihološka saznanja o telesnom kažnjavanju dece“, *Nova srpska politička misao* 1–2/2011)

Österman, K., Björkqvist, K., Wahlbeck, K., „Twenty Eight Years After the Complete Ban on the Physical Punishment of Children in Finland: Trends and Psychosocial Concomitants“, *Aggressive Behavior* 6/2014.

Панов, С., *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015. (Panov, S., *Porodično pravo,* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015)

Петрушић, Н., Стевановић, И., „Правна заштита деце у Србији и међународни стандарди“, *Права жртава и ЕУ (изазови пружања помоћи жртвама)* (ур. В. Николић Ристановић, С. Ћопић), Виктимолошко друштво Србије, Београд 2011. (Petrušić, N., Stevanović, I., „Pravna zaštita dece u Srbiji i međunarodni standardi“, *Prava žrtava i EU (izazovi pružanja pomoći žrtvama)* (ur. V. Nikolić Ristanović, S. Ćopić), Viktimološko društvo Srbije, Beograd 2011)

Радуловић, Љ., „Политика сузбијања малолетничког криминалитета са елементима насиља“, *Насилнички криминал (етиологија, феноменологија, превенција)* (ур. Л. Крон), Институт за социолошка и криминолошка истраживања, Београд 2010. (Radulović, Lj., „Politika suzbijanja maloletničkog kriminaliteta sa elementima nasilja“, *Nasilnički kriminal (etiologija, fenomenologija, prevencija*) (ur. L. Kron), Institut za sociološka i kriminološka istraživanja, Beograd 2010)

Станковић, М., „Правна природа и остваривање права и дужности родитеља на васпитање и образовање детета у Србији“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011. (Stanković, M., „Pravna priroda i ostvarivanje prava i dužnosti roditelja na vaspitanje i obrazovanje deteta u Srbiji“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2011)

Стевановић, И., „Заштита деце – жртава злостављања и занемаривања и Породични закон Републике Србије“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Правни факултет Универзитета

у Крагујевцу, Крагујевац 2006. (Stevanović, I., „Zaštita dece – žrtava zlostavljanja i zanemarivanja i Porodični zakon Republike Srbije“, *Novo porodično zakonodavstvo* (ur. Z. Ponjavić), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2006)

Стојановић, З., *Кривично право – општи део*, Правна књига – Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015. (Stojanović, Z., *Krivično pravo – opšti deo*, Pravna knjiga – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015)

Шкулић, М., Илић, Н., Ђурђић, С., „Заштита деце или ‘вршњачко насиље’ над родитељима?“, *Нова српска политичка мисао* 1–2/2011. (Škulić, M., Ilić, N., Đurđić, S., „Zaštita dece ili ‘vršnjačko nasilje’ nad roditeljima?“, *Nova srpska politička misao* 1–2/2011)

Шкулић, М., „Насиље у породици (недовољно квалитетно законско решење, недоследна пракса, бројни проблеми и дилеме)“, *Ревија за криминологију и кривично право* 1–2/2012. (Škulić, M., „Nasilje u porodici (nedovoljno kvalitetno zakonsko rešenje, nedosledna praksa, brojni problemi i dileme)“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 1–2/2012)

Требјешанин, Ж., „Психолошки аспекти праксе кажњавања деце у српској патријархалној култури“, *Кругови детињства* 1–2/2015. (Trebješanin, Ž., „Psihološki aspekti prakse kažnjavanja dece u srpskoj patrijarhalnoj kulturi“, *Krugovi detinjstva* 1–2/2015)

Вучковић Шаховић, Н., „Двадесет година Конвенције о правима детета“, *Правни живот* 10/2009. (Vučković Šahović, N., „Dvadeset godina Konvencije o pravima deteta“, *Pravni život* 10/2009)

Вуковић, И., „Насиље у породици као кривично дело – поједини проблеми у примени права“, *Насиље у породици* (ур. С. Панов, М. Јањић Комар, М. Шкулић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012. (Vuković, I., „Nasilje u porodici kao krivično delo – pojedini problemi u primeni prava“, *Nasilje u porodici* (ur. S. Panov, M. Janjić Komar, M. Škulić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012)

Живановић, Т., *Основи кривичног права Краљевине Југославије – посебни део: књига прва*, Гундулић, Београд 1938. (Živanović, T., *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije – posebni deo: knjiga prva*, Gundulić, Beograd 1938)

Svetlana Mijović, LL.M.

PhD candidate
University of Belgrade, Faculty of Law

CORPORAL PUNISHMENT OF CHILDREN IN TERMS OF FAMILY AND CRIMINAL LAW – (IR)RECONCILABLE STANDPOINTS

Summary

The purpose of this work is to examine an issue of corporal punishment of children as a method of discipline in terms of family and criminal law. The author begins the study by taking a broader perspective of the issue in terms of extra-legal scientific disciplines, then conducts an analysis of the international legal frameworks for the corporal punishment and finally offers brief overview of the solutions found in comparative law. Further in the study, the author focuses on different aspects of family and criminal law in terms of necessity of complete prohibition against corporal punishment of children. In order to do this, the author compares present legal solution found in family law with suggested new solution of the Draft Civil Code of Serbia. Further, the attempts have been made to set the criteria for distinguishing the situations in which the exercise of parental rights can be considered specific basis for exclusion of the unlawfulness from those in which the crime of domestic violence is found. *De lege ferenda* proposals have been presented with an aim of serving as a possible middle ground between different aspects of family and criminal law by giving more flexible approach and there for making it acceptable for both branches of law.

Key words: *Corporal punishment. – Unlawfulness. – Children's rights. – Parenting. – Child abuse.*

Article history:
Received: 19. 5. 2017.
Accepted: 29. 6. 2018.

УДК 341.231.14; 341.4

CERIF: S112, S150

Антониа Јутронић, мастер[*]

ОДНОС МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА ЉУДСКИХ ПРАВА И МЕЂУНАРОДНОГ ХУМАНИТАРНОГ ПРАВА

У раду се испитује однос међународног права људских права и међународног хуманитарног права, полазећи од становишта да се норме та два правна режима међусобно не искључују већ да могу бити комплементарне, поготово имајући у виду да су пракса међународних органа и јуриспруденција међународних судова показале да стање оружаног сукоба не подразумева непримењивање људских права.

Иако су традиционално међународно право људских права и међународно хуманитарно право посматрани као две одвојене гране права, које коегзистирају у оквиру међународног права, почев од недостатка воље креатора Универзалне декларације о људским правима и Женевских конвенција да људска права доведу у формалну везу са стањем оружаних сукоба, кроз праксу се дошло до закључка да се људска права примењују и у доба рата. Штавише, нека права не могу бити дерогирана ни у време рата, те правила међународног хуманитарног права не представљају аутоматски lex specialis. С друге стране, када је реч о праву на живот – најосновнијем људском праву без којег не могу бити остварена друга права, међународно право људских права и међународно хуманитарно право се у значајној мери разилазе.

Кључне речи: *Међународно право људских права. – Међународно хуманитарно право. – Комплементарност. – Lex specialis. – Право на живот.*

1. УВОД

„Као у бокс мечу, задавање удараца противнику изнад појаса је дозвољено, док су ударци испод појаса забрањени. Правила су

[*] Ауторка је студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду, *antonia.jutronic@gmail.com*.

таква да је дозвољено изазивати патње противника..."[1] Наведена алегорија коју је Теодор Мерон (*Theodor Meron*) искористио у својој монографији један је од сликовитих покушаја да се објасни однос међународног права људских права и међународног хуманитарног права. Имајући у виду да, с једне стране, међународно право људских права има циљ да заштити појединце од злоупотребе власти и прекомерне употребе силе[2], а да, с друге стране, међународно хуманитарно право тежи да регулише поступање сукобљених страна током оружаних сукоба[3], те две гране међународног права су традиционално дуго времена посматране одвојено, како у доктрини, тако и у пракси. Том приступу иду у прилог историјски раздвојени процеси стварања корпуса правила, иако обе гране права у основи деле хуманистички идеал заштите достојанства и интегритета човека.[4]

Однос између државе и њених грађана, почев од раздобља просветитељства у 17. и 18. веку, представљао је унутрашње питање држава. Са изузетком регулисања положаја припадника мањина у неким државама после Првог светског рата у систему Друштва народа, све до краја Другог светског рата, међународно право се није систематски бавило питањем заштите људских права. Доношењем Универзалне декларације о људским правима (1948) остварен је први корак у процесу универзализације заштите појединца – признавање основних принципа на којима почивају људска права. Засигурно, инспирација за израду Универзалне декларације била су масовна кршења људских права и велики број људских жртава током Другог светског рата. Исту инспирацију имали су и припадници Међународног комитета Црвеног крста, који су већ за време рата приступили елаборацији правила којима би се заштитиле жртве оружаних сукоба попут рањеника, ратних заробљеника и др. Међутим, и током припремних радова на изради Женевских конвенција (усвојених 1949), а поготово Четврте женевске конвенције, постало је јасно да не постоји дефинисан однос између међународног права људских права и међународног хуманитарног права.[5] Стога је један број делегата појединих земаља инсистирао да се у Женевске

[1] Theodor Meron, *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2006, 8.

[2] О савременом концепту људских права вид. Борис Кривокапић, „Природа људских права", *Мегатренд ревија* 13(2)/2016, 59–70.

[3] Cordula Droege, „The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict", *Israeli Law Review* 40(2)/2007, 313.

[4] *Ibid*.

[5] Danio Campenalli, „The Law of Military Occupation put to the test of Human Rights Law", *International Review of the Red Cross* 90(971)/2008, 655.

конвенције унесу одредбе којима би се успоставио однос између та два правна режима. Међутим, ти предлози нису били усвојени.[6]

Како је већ поменуто, међународно хуманитарно право је, почев од Другог светског рата, почело да се развија одвојеном путањом од људских права, али и традиционалног ратног права. Признајући неспоран значај правила оружаних сукоба који местимично регулишу заштиту жртава рата, циљ стваралаца тзв. женевског права био је да разраде ту заштиту и да обавежу стране у сукобу да признају и да поштују права жртава сукоба. Дакле, идеја је била да се крене даље од општепризнатих забрана у начинима и средствима ратовања и, генерално гледано, у разради Де Мартенсове клаузуле.[7] Међународни комитет Црвеног крста је већ између два велика рата изнедрио две конвенције, чији је предмет била заштита рањеника и ратних заробљеника (1929). Требало је ићи корак даље у елаборацији заштите жртава сукоба, али и у признавању права посебних категорија попут цивилног становништва, чему је посвећена цела Четврта женевска конвенција.

Тако су два корпуса правила тих правних режима у другој половини 20. века наставила да се развијају независно један од другог. Међународно право људских права је заузело свој посебан значај у оквиру система Уједињених нација, нарочито имајући у виду да поштовање људских права представља један од три стуба Повеље УН, односно једног новог међународног поретка. Током времена разрађиван је целокупан систем њиховог унапређења и заштите: прогресивним усвајањем правно обавезујућих докумената и успостављањем институција-механизама контроле поштовања људских права. Због различитих регионалних концепата људских права, остварени су и врло значајни регионални механизми заштите људских права.[8] Тако заштита људских права постаје незаобилазна тема у доктрини међународног права, али и питање које оптерећује међусобне односе између држава (посебно појавом хуманитарних интервенција којима се крши принцип немешања у

[6] Robert Kolb, „The relationship between international humanitarian law and human rights law: A brief history of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Conventions“, *International Review of the Red Cross* 324/1998, 410.

[7] Део преамбуле Четврте хашке конвенције о законима и обичајима рата на копну (1907), *https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/195*, 20. фебруар 2018, која гласи: „Све док један комплетнији правилник не буде усвојен, високе стране уговорнице налазе за потребно да констатују да, у случајевима који нису наведени у Правилнику, становништво и зараћене стране остају под влашћу и заштитом начела међународног права, која проистичу из обичаја успостављених између просвећених народа, закона човечности и захтева јавне свести.“

[8] Међу њима је најзначајније успостављање Европског суда за људска права у Стразбуру (1959), чије су пресуде обавезне за државе потписнице Европске конвенције о људским правима.

унутрашње послове држава, а зарад стварног или наводног систематског кршења људских права). С друге стране, међународно хуманитарно право је, под посебним утицајем изопштавања рата као легалног средства решавања сукоба[9] и промене природе оружаних сукоба, разрађивано у другим конвенцијама које баве питањима заштите жртава сукоба (Додатни протоколи на Женевске конвенције), али и у међународним инструментима који третирају употребу разних врсти оружја као средства ратовања (Конвенција о забрани усавршавања, производње и складиштења бактериолошког и токсичног оружја и њиховом уништавању, Конвенција о забрани развоја, производње, складиштења и употребе хемијског оружја и његовом уништавању и др.). Међународни комитет Црвеног крста наставио је да тумачи и кодификује обичаје међународног хуманитарног права, али и да сарађује са другим организацијама попут Организације уједињених нација за просвету, науку и културу (*UNESCO*), из чијег ће рада настати Хашка конвенција о заштити културних добара у време оружаних сукоба (1954).

Иако изолована у њиховим настајањима, та два правна режима, која карактеришу различити предмети, извори права и надлежне институције, у пракси ће показати да њихов однос и развој не могу бити потпуно изоловани.[10] О томе сведоче рад како надлежних институција и поједине одредбе међународних инструмената, тако и јуриспруденција међународних судова (Европски суд за људска права, *ad hoc* кривични трибунали за Југославију и Руанду, Међународни кривични суд, Међународни суд правде).[11] Већ 1953. године Генерална скупштина УН је у својој Резолуцији 804 (VIII) позвала на поштовање људских права у оружаном конфликту у Кореји[12], а 1956. године Савет безбедности УН је поводом војне интервенције Совјетског Савеза у Мађарској позвао на поштовање уживања основних права и слобода мађарског народа.[13] Након шестодневног рата 1967. године између Израела и суседних земаља, из којег је уследила

[9] Глава VII Повеље Уједињених нација.

[10] C. Droege, 355.

[11] Вид. Marco Odello „Fundamental Standards of Humanity: A Common Language of International Humanitarian Law and Human Rights Law“, *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law* (eds. Roberta Arnold, Noëlle Quénivet), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2008, 15–56.

[12] *GA Res. 804 (VIII), UN Doc. A804/VIII (Dec. 3, 1953)*, *https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/086/69/IMG/NR008669.pdf?OpenElement*, 13. август 2018.

[13] *GA Res. 1312 (XIII), UN Doc. A38/49 (Dec. 12, 1958)*, *https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/747/56/IMG/NR074756.pdf?OpenElement*, 13. август 2018.

окупација палестинских територија, на Међународној конференцији о људским правима у Техерану (1968) усвојене су две резолуције којима је успостављен директан однос између поштовања људских права и оружаних сукоба.[14] Управо ти догађаји су непосредно утицали на отпочињање припремних радова за израду нацрта Додатних протокола на Женевске конвенције, који ће бити усвојени 1977. године. Даље, сам режим окупације, који представља прелаз између стања рата и стања мира, подразумева и посебан режим људских права који се разликује до одређене мере од режима људских права у доба мира, али подразумева и одређене обавезе окупационе силе према локалном становништву, које се у одређеној мери поклапају са обавезама државе према њеним грађанима у доба мира. Треба додати и да један од најозбиљнијих међународних злочина – злочин против човечности може бити почињен како у доба мира, тако и у доба рата.[15]

Од тада примена људских права у доба оружаних сукоба постаје прихваћена у доктрини. Долази до генералног одступања од поделе да се хуманитарно право примењује у време оружаних сукоба, а људска права у доба мира. Неки новији међународни инструменти у области људских права изричито помињу стање оружаних сукоба када је реч о дерогирању одређених права. Такав став су заузели и међународни судови у различитим случајевима који су били изнети пред њих. Стога, ради испитивања природе односа између међународног права људских права и међународног хуманитарног права, прво треба испитати њихов теоријски однос (I), а затим јуриспруденцију међународних судова и праксу других међународних органа (II), те на примеру права на живот, као једног од неприкосновених фундаменталних људских права, приказати тачке најширег разилажења та два правна режима (III).

2. ТЕОРИЈСКИ ОДНОС МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА ЉУДСКИХ ПРАВА И МЕЂУНАРОДНОГ ХУМАНИТАРНОГ ПРАВА

У доктрини постоје три различите теорије о природи односа та два корпуса правних правила.[16] Према првој теорији, међународно

---

[14] „Унапређење људских права на Окупираним територијама" и „Поштовање људских права у оружаном конфликту". Последњу је под истим насловом исте године потврдила и Генерална скупштина УН.

[15] Вид. Бранислав Ристивојевић, „О заштитном објекту злочина против човечности", *Crimen* II(1)/2011, 52–66.

[16] Владан Јончић, *Међународно хуманитарно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 284.

право људских права и међународно хуманитарно право представљају две у потпуности различите гране права јер регулишу две различите ситуације.[17] Према другој, међународно хуманитарно право чини део међународног права људских права, тиме што регулише права посебних категорија лица у посебним околностима – оружаним сукобима.[18] Према трећем становишту, међународно право људских права и међународно хуманитарно право су у комплементарној позицији, имајући у виду да се у неким ситуацијама њихово регулисање преклапа.[19]

Прво становиште да два правна режима коегзистирају налази аргументацију у чињеници да су њихови примарни формални извори различити, што се односи и на међународне конвенције и на обичајна правила. Томе иде у прилог и поменути историјски и филозофски одвојен пут формирања њихових правних правила.[20] Формално гледано, и надлежне институције за тумачење, контролу и примену тих правила су различите. Док је Међународни комитет Црвеног крста специјализован за међународно хуманитарно право, различити органи у оквиру система УН и других регионалних организација посебно су надлежни за област људских права. Ту аргументацију је дао и сам Жан Пикте наводећи да је хуманитарно право примењиво само у ситуацији оружаних сукоба, док су људска права примењива у доба мира.[21] Чињеница да се неки аутори ослањају на поделу примене у ситуацији мира и ситуацији оружаних сукоба води и до другог становишта – да је међународно хуманитарно право *lex specialis* међународног права људских права, које у том случају представља

---

[17] Henri Meyrowitz, *International Humanitarian Law*, Progress publishers, Moscow 1987, 28; Henri Meyrowitz, „Le droit de la guerre et les droits de l'homme", *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 88/1972, 1095; Marko Milanović, „The Lost Origins of Lex Specialis. Rethinking the Relationship Between Human Rights and International Humanitarian Law", *Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights* (ed. Jens David Ohlin), Cambridge University Press, New York 2016, 96; Dietrich Schindler, „The International Committee of the Red Cross and human rights", *International Review of the Red Cross* 208/1979, 14.

[18] Вид. Fanny Martin, „Application du droit internationale humanitaire par la Cour interaméricaine des droits de l'homme", *International Review of the Red Cross* 83(844)/2002, 1037–1066; В. Јончић, 285.

[19] Hans-Peter Gasser, „International humanitarian law and human rights law in non-international armed conflict: Joint venture or mutual exclusion?", *German Yearbook of International Law Vol. 45* (ed. Andreas Zimmermann), Duncker & Humblot, Berlin 2002, 162; Walter Kälin (ed.), *Human Rights in Times of Occupation: The Case of Kuwait*, Stimpfli, Bern 1994, 27; David Forsythe, „1949 and 1999: Making the Geneva Conventions relevant after the Cold War", *International Review of the Red Cross* 81(834)/1999, 271.

[20] Матијас Хартвиг, „Људска права у време оружаних сукоба", *Анали Правног факултета у Београду* 4/2009, 199.

[21] Jean Pictet, „Humanitarian Law and the Protection of War Victims", Sijthoff – Henri Dunant Institute, Leiden – Geneva 1975, 15.

lex generalis.[22] Другим речима, примена људских права у доба мира представља општи пропис, који престаје да се примењује уколико избије оружани сукоб, па на снагу ступа посебан пропис – међународно хуманитарно право.

Међутим, проблем настаје када се узме у обзир да и у доба мира нека људска права трпе дерогацију према прописаним условима због наступања ванредног стања, а да чак и за време оружаних сукоба нека људска права никако не могу бити ограничена (право мисли, савести, вероисповести и др.[23]). Други додатни протокол на Женевске конвенције изричито помиње заштиту људских права која не трпе дерогацију, односно пружа гаранције поштовања личности, части, верских убеђења и вршења обреда.[24] Стога се долази до закључка да су људска права примењива и у доба мира и у доба рата, те да у складу са различитим околностима и потребама могу бити ограничена. Даље, неки међународни инструменти који имају за предмет људска права (чл. 15 Европске конвенције о људским правима и чл. 2 Конвенције УН против тортуре и других сурових, нељудских и понижавајућих казни или поступака) изричито помињу стање рата као ситуацију када је могуће ограничити одређена права.[25] Јасно је да у случају ратног стања није неопходно да власти испуне задате услове за ограничавање људских права у доба мира. Постоји тумачење да се ситуација избијања рата у Међународном пакту о грађанским и политичким правима не помиње изричито већ ванредно стање (*public emergency*)[26], због духа времена, јер се након усвајања Повеље УН и успостављања система колективне безбедности није веровало у могућност избијања рата.[27] Међутим, то не значи да се чл. 4 Пакта неће применити у случају избијања рата. Даље, неки новији инструменти, попут Конвенције о правима детета (1989), Римског статута (1998), Конвенције о правима особа са инвалидитетом (2006) и Опционог протокола на Конвенцију о правима

[22] D. Campanelli, 656. Вид. Hans-Joachim Heinze, „On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law“, *International Review of the Red Cross* 86(856)/2004,789–814.

[23] Чл. 75 Додатног протокола I уз Женевску конвенцију, *https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/ icrc_002_0321.pdf*, 13. август 2018.

[24] Додатни протокол II уз Женевску конвенцију, чл. 4, ст. 1, *https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=F9CBD575D47CA6C8C12563CD0051E783*, 13. август 2018.

[25] C. Droege, 310–355, 318.

[26] Међународни пакт о грађанским и политичким правима, чл. 4, *https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf*, 13. август 2018.

[27] C. Droege, 319.

детета о учешћу деце у оружаном сукобу (2000), укључују одредбе које садрже правила обе гране права.[28]

Треће становиште, које заступа комплементаристички приступ, резултат је првенствено праксе осликаване на окупираним територијама у Палестини, Ираку, источној Украјини и др. Управо су ситуација окупације и немеђународних оружаних сукоба посебни показатељи да се међународно право људских права и међународно хуманитарно право допуњују, а да нису чист приказ функционисања динамике општи–посебан пропис.[29] Даље, како је међународно право један кохерентан систем правила, не сме се изоставити ни значај чл. 31 Бечке конвенције о праву уговора, према којем се приликом интерпретирања норми морају узети у обзир релевантна правила међународног права примењива између уговорница.[30] У том смислу Теодор Мерон говори о хуманизацији међународног права јер су оба корпуса правних правила пребацила тежиште са држава на заштиту појединаца и у том метафизичком полазишту се налази основ њихове комплементарности.

Међутим, упркос конвергентним трендовима приликом дефинисања односа међународног права људских права и међународног хуманитарног права, постоје ситуације када међународно хуманитарно право представља чист *lex specialis*, што ће даље бити изложено у трећем делу чланка у илустрацији права на живот и пратећег принципа пропорционалности.

Говорећи о самом *lex specialis*-у и његовој функцији, не сме се сметнути са ума ни Коскенијемијев приступ у Извештају Комисије за међународно право (ILC) из 2006. године.[31] У Извештају се наводи да посебан пропис може представљати елаборацију, али и изузетак општег приписа у међународном јавном праву. У првом случају такав посебан пропис представља операционализацију општег прописа или једно правило може представљати општије правило у односу на друго правило истог међународног уговора. То је показала и јуриспруденција Европског суда за људска права смештајући чл. 11

[28] Katharine Fortin, *The Accountability of Armed Groups Under Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford 2017, 29–31.

[29] D. Campanelli, 660–665. Вид. Eyal Benvenisti, „The applicability of human rights conventions to Israel and to the Occupied Territories“, *Israel Law Review* 26(1)/ 1992.

[30] Бечка конвенција о праву уговора (1969), *http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_ 1_1969.pdf*, 13. август 2018.

[31] *International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law – Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/L.682 (Apr. 13, 2006), as corrected UN Doc. A/CN.4/L.682/Corr.1 (Aug. 11, 2006)*, (даље: Извештај ILC 2006).

Европске конвенције за људска права, којим се гарантује слобода окупљања и удруживања, у операционализацију чл. 10, којим се гарантује слобода изражавања (случај *Езелин против Француске*, 1991).[32] Слично је и са случајем *Нојмајстер против Аустрије* (1974), у којем је Европски суд донео такву пресуду да према његовом тумачењу чл. 5 (4)[33] представља посебан пропис у односу на општи пропис садржан у чл. 13[34], те није потребно да Суд посебно разматра повреду чл. 13 Европске конвенције о људским правима.

У другом случају, посебни прописи, као што су правила међународног хуманитарног права, представљају изузетак у односу на општа правила међународног јавног права, што је условљено тиме што су околности у којима се примењује право нешто другачије. Зависно од тога да ли се човек налази у ситуацији мира или рата, примењиваће се људска права или правила хуманитарног права (мишљење Међународног суда правде о легалности претње или употребе нуклеарног оружја, 1996).[35] Међутим, тиме се не образлаже да су људска права укинута током ратног стања, што даље значи да примена специјалног прописа, што је у овом случају хуманитарно право, зависи од специјалне природе чињеница које оправдавају такву дерогацију.

Због нејасноће на који начин посебан пропис решава сукоб норми, лакше је ослонити се на принцип комплементарности, који је суштински садржан у чл. 31 Бечке конвенције о праву уговора, и довести правила међународног права људских права и међународног хуманитарног права у хармонију, у мери у којој је то могуће.[36] Тај приступ се може сагледати и у пракси органа међународних организација, али и у донетим мишљењима и пресудама међународних судова.

3. ПРАКСА МЕЂУНАРОДНИХ ИНСТИТУЦИЈА

Иако надлежан орган за контролу и примену Међународног пакта о грађанским и политичким правима, Комитет за људска права је већ 1979. године у својој Комуникацији на представку *Салдијас*

32 *Ibid*., 41.

33 Чланом 5 (4) Европске конвенције о људским правима предвиђено је да свакоме ко је лишен слободе треба да буде омогућено да суду уложи жалбу о законитости његовог лишавања слободе, о чему суд треба да се изјасни у кратком року.

34 Чл. 13 Европске конвенције о људским правима гарантује право на правни лек.

35 Извештај ILC 2006, 56.

36 Campbell McLachlan, „The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention", *International and Comparative Law Quarterly* 54(2)/2005, 279–320.

де Лопез против Уругваја[37] признао да се Пакт примењује на окупираним територијама. До истог закључка је дошао и Међународни суд правде у Саветодавном мишљењу о изградњи зида у Палестини (2004), наводећи да сматра да заштита људских права не престаје у време оружаног сукоба, осим у случају дерогације која се помињу у чл. 4 Међународног пакта.[38] У самом мишљењу Међународни суд правде се позива на поменуту комуникацију Комитета за људска права. Још раније, у Саветодавном мишљењу о законитости употребе и претње нуклеарним оружјем (1996) Међународни суд правде се изјаснио да заштита коју пружа Пакт не престаје у доба рата.[39] Посебно је значајно то што та два органа УН говоре и о ситуацији окупације јер то подразумева и екстратериторијалну примену Пакта. Тај моменат је врло важан, не само за чињеницу да је окупирајућа сила дужна да поштује људска права становника на окупираној територији, која су због саме природе окупације угроженија него у доба мира, већ и за раздвајање питања људских права из ускогледаног односа држава – њен грађанин. Тиме је утрт значај универзалности и неприкосновености људских права.

На истим линијама тумачења примене и примењивости људских права у оружаним конфликтима била су и друга уговорна тела УН експертског типа у својим завршним запажањима, попут Комитета за економска, социјална и културна права, Комитета за укидање расне дискриминације, Комитета за укидање свих облика дискриминације жена и Комитета за права детета.[40] Не само уговорна тела, већ и некадашња Комисија за људска права, а данас и Савет за људска права, на различите начине третирају поштовање људских права у оружаним сукобима и међународног и немеђународног карактера, именовањем специјалних известилаца и стварањем посматрачких мисија.[41] Разлог за то најчешће лежи у неспремности држава да признају постојање оружаног сукоба јер би то значило да би биле обавезне да примењују правила хуманитарног права. С друге стране, једини орган који има легитимитет да одреди када је дошло до оружаног сукоба, односно до кршења међународног мира и безбедности јесте управо Савет безбедности УН, који је и сам у својим резолуцијама позивао сукобљене стране на поштовање људских

[37] *Saldias de López v. Uruguay Communication No. 52/1979*, Date of adoption of views: 29 July 1981 (thirteenth session), „Human Rights Committee, Selected Decisions Under the Optional Protocol“, Second to Sixteenth sessions, United Nations, New York 1985.

[38] М. Хартвиг, 193.

[39] C. Droege, 310–355, 322–324.

[40] *Ibid*., 320–321.

[41] T. Meron, 50.

права и препознао тешка кршења људских права као претње миру.[42] Не треба ни сметнути с ума да Савет безбедности може тражити од Међународног кривичног суда за најтеже међународне злочине да покрене истрагу.[43] Најзад треба поменути и специјална заседања Савета УН за људска права, која се сазивају у случају великих кршења људских права која представљају бригу за међународну заједницу. Тако се у резолуцији усвојеној на специјалном заседању Савета у децембру 2017. године поводом ситуације у Мјанмару експлицитно позива на поштовање људских права и норми међународног хуманитарног права, иако се формално не признаје да у тој земљи влада унутрашњи оружани сукоб.[44]

И органи регионалних организација значајно су допринели препознавању примењивости поштовања људских права за време оружаних сукоба. Међуамерички суд за људска права је у случају *Хуан Карлос Абеља против Аргентине*[45] нашао да се Američка конвенција, као и други инструменти заштите људских права и Женевске конвенције примењују и током оружаних сукоба јер имају заједнички циљ – заштиту људског живота и достојанства.[46] Европски суд за људска права је такође у неколико случајева донео пресуде о кршењу одредаба Европске конвенције о људским правима у случајевима када окупациона сила крши своје обавезе према локалном становништву окупиране територије (случајеви *Лоизиду против Турске*, *Кипар против Турске* и *Иаску против Молдавије и Русије*).[47] Међутим, у случају *Банковић против Белгије*, који се тицао бомбардовања Радио-телевизије Србије, Суд није нашао да је чин бомбардовања у смислу екстратериторијалности примене Европске

[42] Вид. Carrie Booth Walling, „The Un Security Council and the Promotion and Protection of Human Rights“, *The Social Practice of Human Rights* (ed. Joel Pruce), Palgrave Macmillan, New York 2015, 143–165; Мирослав Стевановић, „Међународни правни проблем оружаног супротстављања терористичкој групацији ‘Исламска држава’ у Сирији“, *Правни записи* VI(2)/2015, 292.

[43] Више о одговорности за повреде међународног права људских права у доба оружаних сукоба вид. Владан Јончић, „Одговорност за повреде међународног хуманитарног права и људских права“, *Међународно кривично право и људске слободе* (ур. Срето Ного), Тара 2008.

[44] *Resolution on the human rights situation of the minority Rohingya Muslim population and other minorities in the Rakhine State of Myanmar – 5 December 2017, A/HRC/RES/S-27/1*, *https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/358/08/PDF/G1735808.pdf?OpenElement*, 13. август 2018.

[45] *Case 11.137 Juan Carlos Abella v. Argentina, Final Concusions Issued on 13 April 1998, OEA/Ser.L/V/II.95*, *http://www.legal-tools.org/doc/bd5fbb/*, 13. август 2018.

[46] М. Хартвиг, 193–194.

[47] Patrick Knable, „The Relationship Between International Humanitarian Law and International Human Rights in Situations of Armed Conflicts“, *The New Zealand postgraduate law e-journal* 4/2005, 6–10.

конвенције у истој категорији као стање окупације, налазећи да силе које су извршиле бомбардовање – чланице НАТО нису имале јурисдикцију и контролу над територијом Србије у смислу чл. 1 Европске конвенције о људским правима.[48, 49] С друге стране, у случају *Окалан против Турске* Суд је нашао да су представници власти Турске прекршили своје обавезе из Европске конвенције, иако су се налазили на територији Кеније, где Турска не врши ефективну контролу територије.[50]

Приказана пракса међународних институција и јуриспруденција међународних судова има циљ да покаже да се норме међународног права људских права и норме међународног хуманитарног права међусобно не искључују. Пракса је и даље шаролика због одступања у тумачењу појма надлежности. Међутим, пошто је потврђена екстратериторијалност примене људских права[51], постоје веће гаранције да појединци буду заштићени од самовољне употребе силе и власти. Међутим, постоје и ситуације када међународно хуманитарно право заиста представља *lex specialis* на основу логике дихотомије време мира – време оружаних сукоба.

4. ПРАВО НА ЖИВОТ КАО КЉУЧНА ТАЧКА РАЗДВАЈАЊА

Право на живот је једно од фундаменталних права и директно је заштићено одредбама најосновнијих међународних конвенција које се баве заштитом људских права. Члан 6, ст. 1 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, чл. 4, ст. 1 Америчке конвенције о људским правима и чл. 4 Афричке повеље људским правима и правима народа на једнак начин наводе да никоме живот не може бити одузет самовољно, без даљег детаљисања. С друге стране, у чл. 2, ст. 2 Европске конвенције о људским правима наводе се три ситуације у којима је употреба силе из које резултира одузимање живота оправдана: ради одбране друге особе од незаконитог насиља, ради законитог поступка хапшења или спречавања бега особе која је законито

---

48 *Bankovic* v. *Belgium*, *Application 52207/99, Inadmissibility Decision of 12 December 2001*, *http://cmiskp. echr.coe.int*, 13. август 2018.

49 Више о екстратериторијалности примене Европске конвенције о људским правима вид. Слободан Радовановић, „Петнаест година после случаја Банковић: Право на живот и екстратериторијални случај“, *Страни правни живот* 1/2016, 191–205.

50 Aldo Zammit Borda (ed.), *International Humanitarian Law and the International Red Cross and Red Crescent Movement*, Taylor & Francis Group, New York 2017, 35.

51 Oona Hathaway *et al.*, „Which Law Governs During Armed Conflict? The Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law“, *Yale Law School Faculty Scholarship Series* 2012, 1893.

лишена слободе и током законите акције сузбијања немира и побуне.[52] Дакле, три од четири поменуте конвенције не предвиђају дерогацију права на живот, док Европска конвенција у три поменута случаја у истом члану не наводи „законито предузете поступке у рату/оружаном сукобу“. Штавише, у свом првом општем коментару о чл. 6 Пакта, Комитет за људска права је осудио ратове као зло које одузима много невиних људских живота и нашао да државе имају врховну дужност да те ратове спрече.[53] Из тога произилази да међународно право људских права не толерише самовољно одузимање живота и да је право на живот једно од највиших вредности будући да не трпи ограничења ни током ванредног стања или стања јавне опасности.

Међутим, сама чињеница да ратови односе велики број живота значи да право на живот у оружаним сукобима не може бити потпуно заштићено. Међународно хуманитарно право, иако је у природи такво да тежи да олакша и умањи људске патње, у одређеној мери толерише коришћење смртоносне силе и случајне губитке живота цивилног становништва, што је оправдано војном потребом и принципом пропорционалности. Иако дужне да не нападају цивиле и цивилне објекте[54] и да пре извршења напада предузму превентивне мере, снаге у сукобу због случајних губитака људских живота у нападу, који је био пропорционалан остваривању војне предности, неће одговарати. Насупрот пропорционалности коришћења силе током оружаног напада, циљ пропорционалности употребе силе у међународном праву људских права јесте заштита живота, као што је наведено у чл. 4, ст. 2 Европске конвенције. Дакле, сама ограничења поштовања права на живот другачије су природе. Док се међународним правом људских права предвиђају законска ограничења у виду „законског/законитог поступка“ и сл., међународно хуманитарно право је ограничено војном потребом.

Даље, у поменутом Саветодавном мишљењу Међународног суда правде о легалности употребе и претње нуклеарним оружјем, у делу који се односи на чл. 6 Међународног пакта, Суд је нашао да утврђивање да ли је неко арбитрерно лишен живота у оружаном сукобу може бити утврђено само у складу са важећом нормом *lex specialis*, која регулише вођење оружаних сукоба, а не извођењем

52 Louise Doswald-Beck, „The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide All the Answers?“, *International Review of the Red Cross* 88(864)/2006, 883; Мирјана Средојевић, „Појам, ограничење и заштита права на живот као врхунског људског права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2014, 487.

53 *Human Rights Committee, General Comment No. 6 (1982)*, *http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/ treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6629&Lang=en*, 13. август 2018.

54 Целокупна Четврта женевска конвенција посвећена је заштити цивилног становништва, а њене одредбе су разрађене Додатним протоколима из 1977. године.

услова из Пакта.[55] На истом становишту је Европска конвенција о људским правима, чл. 15, ст. 2, у којој се понавља да право на живот не трпи дерогацију, осим у случају дозвољених радњи у оружаном сукобу.[56] Како се одузимање живота препушта регулисању међународног хуманитарног права које се примењује у оружаним сукобима, контрола поштовања права на живот лежи и на доброј вољи сукобљених страна и Де Мартенсове клаузуле, нарочито имајући у виду оклевања да се призна постојање немеђународних оружаних сукоба. Упркос постојању института силе заштитнице, уведене тзв. женевским правом, до сада је нотификован врло мали број случајева њеног постојања.

Назад, када је реч о изрицању и извршењу смртне казне, као облику поштовања права на живот, међународно право људских права прати тренд од укидања до њиховог стриктног ограничења.[57] С друге стране, међународно хуманитарно право не помиње могућност изрицања смртне казне већ наводи случајеве када и према коме смртна казна не сме бити изречена и извршена. С тог полазишта, да ли су због природе примењивости права на живот за време оружаних сукоба и предности поменутог *lex specialis*-а државе које су укинуле смртну казну слободне да је примене или су и даље ограничене нормама међународног права људских права?

Треба поменути и принцип неодвраћања (*non-refoulement*) као облик заштите права на живот избеглица којима прети опасност по живот у земљи из које су избегли, што је један од основа да им се призна избеглички статус према Конвенцији о статусу избеглица из 1951. године.[58] Што се тиче третмана избеглица за време оружаних сукоба, према чл. 73 Првог додатног протокола, избеглицама и апатридима, који су тај статус стекли пре избијања оружаних сукоба учесница у сукобу, предвиђају се иста права која су гарантована цивилном становништву. Међутим, не наводи се експлицитно принцип *non-refoulement*, што потенцијално ствара опасност за ту групу људи.[59]

---

[55] М. Хартвиг, 201.

[56] Европска конвенција о људским правима, чл. 15, ст. 2, *http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ ENG.pdf*, 13. август 2018.

[57] У систему Савета Европе изрицање и извршење смртне казне забрањено је усвајањем Протокола 13 уз Европску конвенцију о људским правима, док је Другим факултативним протоколом уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима једино остављена могућност примене смртне казне у време рата у случају да је најтежи злочин војне природе извршен за време рата.

[58] Конвенција о статусу избеглица, чл. 1, *http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.pdf*, 13. август 2018.

[59] Vincent Chetail, „Armed Conflict and Forced Migration: A Systematic Approach To International Humanitarian Law, Refugee Law, And International Human

И починиоци најтежих међународних злочина, попут злочина против човечности и злочина геноцида, могу се наћи пред међународним судовима. Ти међународни злочини су у основи озбиљна и масовна кршења људских права која стране у сукобу (иако злочин против човечности може бити почињен и у доба мира) користе као начин ратовања не би ли истребиле или заплашиле припаднике непријатељске стране. Међутим, елементи тих злочина које чини и *dolus* починиоца не укључују појединачна убиства, односно искључују кажњавање за појединачна намерна убиства лица заштићених Женевским конвенцијама, што представља ратни злочин. Закључак је да је намерно одузимање живота, појединачно или колективно, инкриминисано и током оружаних сукоба, као што је одузимање живота инкриминисано и у доба мира. Међутим, случајни или непредвиђени губици људских живота то нису јер је тако допуштено међународним хуманитарним правом.

5. ЗАКЉУЧАК

Однос између међународног права људских права и међународног хуманитарног права није једноставан, али је још мање оличен кроз чист дуалитет примене њихових правила у доба мира – доба рата, који повлачи примену принципа *lex generalis – lex specialis*. Друго, иако су то две засебне гране права, њихове норме се међусобно не искључују, супротно постављању доктрине током друге половине 20. века. Међународна јуриспруденција и рад међународних органа показали су да се правила међународног права људских права и међународног хуманитарног права у релевантном броју случајева допуњују, не само због генералне тенденције хуманизације рата и дељења основних хуманих принципа већ и због тога што људска права постају незаобилазна у разним сегментима међународног права и међународних односа. Та чињеница иде у прилог савременој концепцији људских права, према којој су она неотуђива, недељива и универзална, те стање оружаног сукоба не може бити изговор за њихово непоштовање, а нарочито грубо кршење, што је регулисано међународним хуманитарним правом, али и међународним кривичним правом, посебно установљавањем универзалне надлежности за најтеже међународне злочине.

Поштовање људских права у време оружаних сукоба свакако доприноси циљу ублажавања последица по жртве оружаних сукоба, а нарочито у доба окупације, која сама по себи представља прелазно

Rights Law“, *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict* (eds. Andrew Clapham, Paola Gaeta), Oxford 2014, 707.

стање између доба рата и доба мира. Њихово поштовање је гарантовано правилима међународног хуманитарног права. С друге стране, текстови конвенција о људским правима не искључују поштовање људских права у случају оружаних сукоба, чему у прилог иду и одлуке међународних судских и експертских органа.

Постоје и битне тачке раздвајања комплементарности та два правна режима, као што је наведено у примеру права на живот, које је уједно најосновније људско право. Право на живот, које представља не само фундаментално људско право већ и врховну вредност као објекат заштите, не може бити гарантовано на исти начин у време оружаних сукоба јер су случајни губици живота дозвољени, а рат без иједне људске жртве не постоји.

Даље, у корпусу правила хуманитарног права нису наведена многа политичка, економска и социјална права, али ни колективна права. То не значи да су она искључена, али нису ни гарантована ниједном међународном конвенцијом. Најзад, ослањање на Де Мартенсову клаузулу није довољно да би се обезбедило поштовање основних људских права, части и достојанства појединаца. Стога је неопходно донети или допунити постојеће међународне инструменте, како би поштовање људских права било унапређено и у доба оружаних сукоба, посебно немеђународних, који су у 21. веку постали бројнији од традиционалних међудржавних сукоба.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Benvenisti, E., „The applicability of human rights conventions to Israel and to the Occupied Territories“, *Israel Law Review* 26(1)/1992.

Borda, A. Z. (ed.), *International Humanitarian Law and the International Red Cross and Red Crescent Movement*, Taylor & Francis Group, New York 2017.

Campanelli, D., „The Law of Military Occupation Put to the Test of Human Rights Law“, *International Review of the Red Cross* 90(971)/2008.

Chetail, V., „Armed Conflict and Forced Migration: A Systematic Approach To International Humanitarian Law, Refugee Law, And International Human Rights Law“, *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict* (eds. A. Clapham, P. Gaeta), Oxford 2014.

Doswald-Beck, L., „The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide All the Answers?“, *International Review of the Red Cross* 88(864)/2006.

Droege, C., „The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict“, *Israeli Law Review* 40(2)/2007.

Forsythe, D., „1949 and 1999: Making the Geneva Conventions relevant after the Cold War“, *International Review of the Red Cross* 81(834)/1999.

Fortin, K., *The Accountability of Armed Groups Under Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford 2017.

Gasser, H-P., „International humanitarian law and human rights law in non-international armed conflict: Joint venture or mutual exclusion?“, *German Yearbook of International Law Vol. 45* (ed. A. Zimmermann), Duncker & Humblot, Berlin 2002.

Хартвиг, М., „Људска права у време оружаних сукоба“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/2009. (Hartvig, M., „Ljudska prava u vreme oružanih sukoba“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 4/2009)

Hathaway, O. *et al*., „Which Law Governs During Armed Conlict? The Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law“, *Yale Law School Faculty Scholarship Series* 2012.

Heinze, H-J., „On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law“, *International Review of the Red Cross* 86(856)/2004.

Јончић, В., „Одговорност за повреде међународног хуманитарног права и људских права“, *Међународно кривично право и људске слободе* (ур. С. Ного), Тара 2008. (Jončić, V., „Odgovornost za povrede međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava“, *Međunarodno krivično pravo i ljudske slobode* (ur. S. Nogo), Tara 2008)

Јончић, В., *Међународно хуманитарно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015. (Jončić, V., *Međunarodno humanitarno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015)

Kälin, Walter (ed.), *Human Rights in Times of Occupation: The Case of Kuwait*, Stimpfli, Bern 1994.

Knable, P., „The Relationship Between International Humanitarian Law and International Human Rights in Situations of Armed Conflicts“, *The New Zealand postgraduate law e-journal* 4/2005.

Kolb, R., „The relationship between international humanitarian law and human rights law: A brief history of the 1948 Universal

Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Conventions“, *International Review of the Red Cross* 324/1998.

Кривокапић, Б., „Природа људских права“, *Мегатренд ревија* 13(2)/2016. (Krivokapić, B., „Priroda ljudskih prava“, *Megatrend revija* 13(2)/2016)

Martin, F., „Application du droit internationale humanitaire par la Cour interaméricaine des droits de l’homme“, *International Review of the Red Cross* 83(844)/2002.

McLachlan, C., „The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention“, *International and Comparative Law Quarterly* 52(2)/2005.

Meron, T., *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2006.

Meyrowitz, H., „Le droit de la guerre et les droits de l’homme“, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger* 88/1972.

Meyrowitz, H., *International Humanitarian Law*, Progress publishers, Moscow 1987.

Milanović, M., „The Lost Origins of Lex Specialis. Rethinking the Relationship Between Human Rights and International Humanitarian Law“, *Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights* (ed. J. D. Ohlin), *Cambridge University Press*, New York 2016.

Odello, M., „Fundamental Standards of Humanity: A Common Language of International Humanitarian Law and Human Rights Law“, *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law* (eds. R. Arnold, N. Quénivet), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2008.

Pictet, J., „Humanitarian Law and the Protection of War Victims“, Sijthoff – Henri Dunant Institute, Leiden – Geneva, 1975.

Радовановић, С., „Петнаест година после случаја Банковић: Право на живот и екстратериторијални случај“, *Страни правни живот* 1/2016. (Radovanović S., „Petnaest godina posle slučaja Banković: Pravo na život i ekstrateritorijalni slučaj“, *Strani pravni život* 1/2016)

Ристивојевић, Б., „О заштитном објекту злочина против човечности“, *Crimen* II(1)/2011. (Ristivojević, B., „O zaštitnom objektu zločina protiv čovečnosti“, *Crimen* II(1)/2011)

Schindler, D., „The International Committee of the Red Cross and human rights“, *International Review of the Red Cross* 208/1979.

Средојевић, М., „Појам, ограничење и заштита права на живот као врхунског људског права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2014. (Sredojević, M., „Pojam, ograničenje i zaštita prava na život kao vrhunskog ljudskog prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2014)

Стевановић, М., „Међународни правни проблем оружаног супротстављања терористичкој групацији 'Исламска држава' у Сирији“, *Правни записи* VI(2)/2015. (Stevanović, M., „Međunarodni pravni problem oružanog suprotstavljanja terorističkoj grupaciji 'Islamska država' u Siriji“, *Pravni zapisi* VI(2)/2015)

Walling, C. B., „The Un Security Council and the Promotion and Protection of Human Rights“, *The Social Practice of Human Rights* (ed. J. Pruce), Palgrave Macmillan, New York 2015.

Antonia Jutronić, LL.M.

PhD Candidate
University of Belgrade, Faculty of Law

RELATIONSHIP BETWEEN HUMAN RIGHTS LAW AND INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Summary

Traditionally, Human Rights Law and International Humanitarian Law had represented two separated legal regimes. Since their creation and the historical adoption of Universal Declaration of Human Rights and four Geneva Conventions at the end of 1940s, they had been treated as if they coexisted within the international law. In one hand, Human Rights Law had been dealing with the protection of persons from abusive power, and in the other International Humanitarian Law had been dealing with the conduct of parties to an armed conflict. Moreover, the developing international jurisprudence and the work of international institutions led to the recognition that two bodies of law substantially overlapped in practice. They appeared to be complementary and mutually reinforcing.

However, in spite of their growing convergence, various perspectives must be taken into account when considering the nature of the relation between two legal regimes. Some significant differences still remain, particularly with regard to right to life because International Humanitarian Law tolerates at some specified degree killings, what is not the case

within the regime of Human Rights Law. This article examines the theoretical relationship between two bodies of law (I), secondly, it analyses the jurisprudence and practice of international institutions and finally it demonstrates the divergence between Human Rights Law and International Humanitarian Law when it comes to one of the fundamental human rights – right to life (III).

Key words: *Human Rights Law. – International Humanitarian Law. – Complementarity. – Lex Specialis. – Right to Life.*

Article history:
Received: 20. 2. 2018.
Accepted: 29. 6. 2018.

Др Борис Беговић*

David S. Evans, Richard Schmalensee, *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*, Harvard Business Review Press, Boston, Massachusetts 2016, 260.

Већ са̂м наслов књиге упућује читаоца на њен садржај: упаривање и вишестране платформе, два појма која су постала незаобилазна у савременом животу. Постала, не због тога што је упаривање нов феномен, први записи о њему, међусобном проналажењу одговарајућих страна, заједно са вишестраним платформама, институцијама које то омогућавају, потичу још из Атине, 300. године пре нове еве, већ због тога што је напредак информационих технологија довео до тога да су такве платформе данас свеприсутне, а послови повезани са њиховим пружањем чине све већи део савремених привреда. Компаније које их пружају (*Google*, *Apple*, *Facebook*, *Amazon*, *Uber*, на пример) спадају у највећа предузећа данашњице. А економска теорија је тек недавно почела да се бави тим феноменима – теорија вишестраних платформи, односно вишестраних тржишта, која су на почетку звана искључива двострана[1], није стара ни двадесетак година. Стога је мало вероватно да значај ове књиге, коју су написали, уз Жана Тирола (*Jean Tirole*), вероватно најбољи познаваоци економске теорије вишестраних платформи, може да буде прецењен.

Вишестрана тржишта названа су тако због тога што повезују две, односно више група корисника услуга и омогућавају трансакције између њих. Вишестране платформе су, у основи, посредници, а аутори јасно показују како налази економске теорије који важе за уобичајена, једнострана тржишта, једноставно не важе на вишестраним тржиштима. То не значи да економска теорија није валидна него да на случај вишестраних тржишта треба применити њена специфична аналитичка оруђа, попут оних која произлазе из теорије

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *begovic@ius.bg.ac.rs*.

[1] Jean-Charles Rochet, Joan Tirole, „Platform competition in two-sided market“, *Journal of the European Economic Association* 1(4)/2003.

екстерних ефеката. Стога се идентификују директни мрежни ефекти, као позитивни и негативни екстерни ефекти који настају између исте групе корисника вишестраних платформи. Аутори их објашњавају на примеру телефонске мреже, у чијем случају заинтересованост потенцијалног корисника да јој се придружи зависи од постојећег и очекиваног броја корисника те мреже јер се увећава могућност комуникације са другим људима. Разборито је претпоставити да онај ко први започне одређену делатност са директним мрежним ефектима има предност и да је тржиште такво да победник „узима све" – речником економске теорије, у питању је природни монопол. Развој фиксне телефоније у Сједињеним Америчким Државама и консолидација компаније *Bell* као монополисте, далеко после истека њених патентних права, то потврђују.

Но, независно од успостављања интерконекције телекомуникационих мрежа, чиме се директни мрежни ефекти преливају између тих мрежа, показало се да у случају велике већине вишестраних платформи то не мора да буде тако јер све зависи од индиректних мрежних ефеката, због којих ниво корисности једне групе корисника зависи од броја и понашања њихове друге групе. На пример, на највећој светској платформи за повезивање ресторана и гостију (*OpenTable*), увећање броја једне групе корисника (ресторана) повећава корисност коју ужива друга група корисника (гости), будући да им се увећава могућност избора. Увођење индиректних мрежних ефеката у анализу показује да резултати не морају да буду исти у односу на ситуацију у којој постоје само директни мрежни ефекти, који ефективно доводе до природног монопола. Резултат анализе се мења. Управо зато и може симултано да постоји неколико вишестраних платформи попут кредитних и платних картица, што указује на то да постоји диференцијација производа, слично као у условима монополистичке конкуренције. Аутори напомињу да, чак и уколико победник узме све, та је победа транзиторног карактера, будући да је нови уласци подривају, односно елиминишу њене резултате. Коначно, напомињу аутори, за снагу и карактер мрежних ефеката, нарочито индиректних, није битан само број учесника већ и њихово понашање и структура, при чему се структура дефинише као број учесника на нечему што би право конкуренције назвало релевантним тржиштем. А када је реч о дефинисању оптималне цене, треба заборавити начело да свака цена треба да буде једнака граничним трошковима, будући да, због снажних мрежних ефеката, треба водити рачуна о интересу и спремности свих заинтересованих страна да плате услугу. Стога готово увек постоје оне стране платформе, оне групе корисника које се субвенционишу, чија цена не покрива просечне трошкове, што укључује и могућност да корисници ништа не плаћају, па чак и да плаћају негативну цену у виду бесплатних

погодности, а друга страна платформе представља тзв. новчану страну, чији приходи омогућавају покривање свих трошкова вишестране платформе. На први поглед контраинтуитивно, али економисти одмах почну да размишљају у категоријама ценовне еластичности тражње, која у случају вишестраних платформи зависи и од мрежних ефеката, и оптималним ценама у Ремзијевом смислу, показујући да категоријални апарат савремене економске науке може да, као што то аутори успешно чине, без проблема објасни све феномене вишестраних платформи. Једино је потребан префињен приступ у избору конкретних оруђа те анализе.

Огроман напредак вишестраних платформи у последњим деценијама донела је најновија технолошка револуција и то, према мишљењу аутора, неколико њених сегмената: (1) све снажнији микропроцесори, са све већом брзином операција; (2) интернет, схваћен као физичка мрежа, на који је крајем 2015. године било прикључено 44% становника планете Земље, и његово ширење; (3) светска мрежа (*World Wide Web*), схваћена као систем садржаја на интернету; (4) широкопојасне комуникације, фиксне и мобилне, и све веће брзине протока информација; (5) програмски језици и оперативни системи, који омогућавају попуно коришћење светске мреже; (6) виртуелни систем ускладиштења података (*The Cloud*) изузетно великог капацитета. Када се узме у обзир да је технолошки напредак омогућио и формирање онога што аутори називају темељне вишестране платформе, попут провајдера мобилног и фиксног интернета, на којима се заснивају модерне вишестране платформе, јасно је због чега наводе да те технологије представљају „турбо пуњење" за савремене платформе засноване на информационим технологијама.

Основна економска питања изградње и пословања вишестраних платформи аутори разматрају користећи студије случајева, и успешних и оних других. Прво и основно питање јесте који проблем трансакционих трошкова нека вишестрана платформа решава, будући да је основна намена тих платформи умањење тих трошкова и, на тај начин, поспешивање броја и успеха трансакција. Уколико постоје високи трансакциони трошкови, уколико они знатно спутавају размену, вишестране платформе могу да имају успех. Управо због огромних трансакционих трошкова на кинеском тржишту, као и знатних трошкова повезивања кинеских произвођача и страних купаца, *Alibaba*, једна од највећих вишестраних платформи данашњице, успела је у свом пословним подухвату. Увећао се колач који се дели, па је и тој платформи, односно предузетницима који су је покренули, могао да припадне његов завидан део. Насупрот томе, вишестране платформе намењене повезивању пословних партнера у САД доживеле су, у највећем број случајева, потпуни неуспех. Једноставно, није постојао

проблем који су оне могле да реше јер су такви трансакциони трошкови у америчкој привреди веома ниски.

Будући да у случају вишестраних платформи постоје најмање две стране, основно питање које се при њиховом настанку и почетном развоју поставља јесте шта чему претходи, шта прво настаје – кокош или јаје? Да ли, на пример у случају платформе *OpenTable*, која повезује ресторане и госте, треба прво, на једној страни платформе, окупити ресторане, који ће потом поспешити окупљање гостију, или обрнуто? Успешан одговор на то питање доводи до стварања критичне масе и једних и других. Овог пута се критична маса, појам различито дефинисан у различитим наукама, посматра исто као и у нуклеарној физици: она маса, овог пута не фисионог материјала, која изазива ланчану реакцију, па се стога процес самостално наставља. Због тога аутори дефинишу границу критичне масе, спецификовану као различите комбинације броја корисника на две, односно више страна. Ако се не досегне та граница, долази до имплозије и вишестрана платформа нестаје. Аутори идентификују неколико стратегија за њено достизање, али преглед начина примене тих стратегија показује велику разноликост приступа успешних предузетника у тој области, тако да је очигледно још увек рано да се доносе било какви нормативни судови у том погледу.

Одређивање цена за кориснике вишестраних платформи далеко је сложеније него за оне који продају само један производ, односно који продају само једној групи корисника. Треба одредити и апсолутни и релативни ниво цена – дакле, и ниво и структуру. Аутори инсистирају на томе као на великој специфичности вишестраних тржишта, али се показује да пословна пракса одавно познаје такве ситуације и да економска наука нуди њихова уверљива објашњења. Авионски превозници одавно одређују релативне цене између различитих летова и различитих путника како би максимизовали своје укупне приносе, а не приносе по путнику или по лету, па због тога у случају неког конкретног путника или лета могу намерно да бележе губитак. А већ поменуте категорије економске науке, попут ценовне еластичности тражње и цена у Ремзијевом смислу, заснованих на начелу да више цене треба да се наплаћују у условима ниске ценовне еластичности тражње и обрнуто, успешно објашњавају забележене цене које наплаћују вишестране платформе. Једна од њих, *American Express*, која повезује продавце и купце, формирала је систем цена управо према тим начелима. Купцима се наплаћује (месечна или годишња) чланарина, дакле приступ – могућност да купују картицама, али се не наплаћује свака појединачна куповина, док се продавцима не наплаћује приступ, тј. могућност да примају картицу као средство плаћања, али се наплаћује провизија за сваку обављену трансакцију.

Но, да би вишестрана платформа могла успешно да функционише, потребно је да се створи одговарајуће окружење – све оно што утиче на вредност коју та платформа може да створи. Аутори стварање тог окружења објашњавају на примеру оперативних система паметних мобилних телефона и показују због чега први оперативни систем (*Symbian*) није успео. Насупрот њему, *Apple* и *Google* су развили успешне оперативне системе (*iOS* и *Android*), иако један од њих није имао сопствени телефонски апарат, будући да су бескомпромисно дефинисали правила игре, правила приступа тим оперативним системима, тако да ниједна страна која је приступила тој платформи није могла да мења и себи прилагођава та правила већ само да их стриктно и доследно поштује. А о томе да ли су она заиста поштована одлучивао је онај ко управља платформом и нико други.

Такође, није (само) битно колико има учесника са сваке стане него да су то прави учесници: да ли су и колико заинтересовани да се упаре са другим учесницима? Због тога се поставља питање селекције учесника платформе, а аутоселекција је увек најефикаснији начин за то. Сваком ко сазна да постоји платформа *FarmersOnly.com* јасно је коме је она намењена. Надаље, успешна вишестрана платформа мора да води рачуна о понашању учесника, будући да оно, макар је реч о једном јединoм учеснику, има ефекте на све остале, независно од тога на којој се страни налазе. Непримерено понашање изазива тзв. негативне екстерне ефекте понашања, а због тих ефеката корисници напуштају платформу – не желе да буду у лошем друштву. Спречавање таквих негативних екстерних ефеката приоритет је сваке платформе, а *Facebook* је то решио тако што захтева да се сви корисници пријаве под својим именом (они који то не учине доживотно се удаљавају са платформе) и контролом речника који се на платформи употребљава. Није, у овом случају, реч о политичкој или било којој другој коректности већ о контроли негативних екстерних ефеката.

Налаз да вишестране платформе имају највећи успех тамо где су трансакциони трошкови велики, будући да могу да их умање у великој мери, упућује на то да су земље у развоју погодно тло за њихов развој. У књизи је детаљно обрађен случај изузетног успеха система прво плаћања, а касније и финансијског посредовања, заснованог на мобилној телефонији у Кенији. Дакле, у земљи у којој банкарски систем и безготовинско плаћање готово да и нису постојали и у којој је физичко преношење готовине било повезано са великим трансакционим трошковима, укључујући и ризике. У таквим условима, добро осмишљена вишестрана платформа названа *M-PESA*, заснована на СМС порукама, дакле на релативно ниској

технологији мобилне телефоније, омогућила је преношење готовине, платне услуге, укључујући безготовинско плаћање, а у каснијој фази и финансијско посредовање. Кенији данас није ни потребан класичан банкарски систем јер ју је успех те платформе увео право у електронско банкарство – типичан случај прескакања нивоа технологије. Слична платформа покренута је готово у свим афричким земљама, али је успела само у њих осам. Очигледно, веома добра идеја, заснована на стварној потреби умањења трансакционих трошкова, није довољан, али је свакако потребан услов за успех у области вишестраних платформи.

Коначно, аутори разматрају да ли су досад и, нарочито, да ли ће у будућности вишестране платформе угрозити класичну трговину на мало. Закључак је да ће је – трансформисати. Настаће интегрисана трговина на мало, она која ради свим каналима (*omnichannel*) и у којој ће се вишестране платформе и продајни објекти у физичком простору међусобно допуњавати. А то допуњавање ће синергијом створити нову вредност – куповину која ће омогућити и већи промет, и бољи квалитет услуге, и боље упаривање, што ће све омогућити увећање благостања купаца, па тиме и друштвеног благостања, и то изнад нивоа пораста БДП.

Иако су вишестране платформе настале још у старом веку, тек је савремени развој технологије изазвао њихову експанзију и учинио да постану незаобилазне у свакодневном животу. Да ли је достигнути ниво њихове развијености „крај историје“? Аутори у то не верују и упућују читаоца на то да до пре десетак година нико није могао да замисли забележени развој вишестраних платформи. Уз то, све технологије које су у књизи наведене као предуслови за савремене вишестране платформе настављају са убрзаним развојем, тако да стагнацију на плану вишестраних платформи не треба очекивати у догледној будућности.

Шта би читалац ове књиге, на основу обиља информација и студија случајева, могао да закључи? За економисту би битан закључак био да савремена економска теорија располаже знањима којима може да објасни понашање вишестраних платформи, али да та знања треба опрезно примењивати – треба их прилагодити специфичностима тих платформи. А за оне који се баве применом права конкуренције закључак би могао да буде да забораве уобичајене поступке при, на пример, дефинисању релевантног тржишта, предаторних или прекомерних цена, рестриктивних споразума и да приступе дефинисању нових, заснованих, додуше, на истим оним начелима заштите конкуренције која служе у свим осталим случајевима.

Реч је о концизној, јасно написаној књизи са изузетно добрим објашњењима основних феномена и обиљем корисних студија случајева. Ово је вероватно идеална књига за упознавање са феноменом вишестраних тржишта. И ништа више од тога. Онима који се определе за ту област истраживања преостаје да прочитају много других књига и чланака.

Др Нина Кршљанин[*]

Thomas Simon (Hrsg.) unter Mitarbeit von Gerd Bender und Jani Kirov, *Konflikt und Koexistenz: Die Rechtsordnungen Südosteuropas im 19. und 20. Jahrhundert, Band II: Serbien, Bosnien-Herzegowina, Albanien*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2017, 630.

После нешто дужег чекања него што смо очекивали (прва радна сесија тог пројекта одржана је још 2011. године), у издању Института за европску правну историју „Макс Планк" у Франкфурту на Мајни (*Max-Planck-Institutfüreuropäische Rechtsgeschicthe*), појавио се други том зборника *Конфликт и коегзистенција: Правни поредци југоисточне Европе у XIX и XX веку* (*Konflikt und Koexistenz: Die Rechtsordnungen Südosteuropas im 19. und 20. Jahrhundert*), посвећен Србији, Босни и Херцеговини и Албанији, у чијем састављању су учествовали многи истакнути научници са ових простора. Књигу је итекако вредело чекати.

Поднаслов зборника би читаоца можда могао навести на погрешан закључак да је њиме обухваћен цео XIX и XX век. Заправо, он је примарно посвећен изградњи државног и правног поретка, те тако обухвата примарно XIX и само почетак XX века: само два рада залазе у средину века. Слично је, уосталом, био конципиран и први том те едиције, објављен 2015. године, који се бавио Румунијом, Бугарском и Грчком.

Већ летимичан поглед на садржај показује да у зборнику доминирају текстови о Србији. Осим уводног текста уредника Томаса Зимона (*Thomas Simon*), професора Правног факултета Универзитета у Бечу, који представља синтезу и општи преглед даље садржине књиге, у зборнику је објављено још дванаест радова. Само један је посвећен Албанији, три Босни, а преосталих осам Србији. И без, можда преурањених, закључака о стању науке у тим државама или спремности за међународну академску сарадњу на високом нивоу, за

[*] Ауторка је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *nina.krsljanin@ius.bg.ac.rs*.

то се може наћи логично објашњење: Србија је далеко већи део времена који тај зборник обухвата провела као аутономна, а затим и самостална држава, него друге две земље које су у њему представљене.

Зборник отвара уводни рад Томаса Зимона под насловом „'Национални препород' и 'колонијална модернизација'. Два обрасца правних трансфера на Балкану у XIX веку" („'*Nationale Wiedergeburt*' *und* '*koloniale Modernisierung*'. *Zwei Muster des Rechtstransfers auf dem Balkan im 19. Jahrhundert*"). Рад је подељен на три дела. Први је посвећен традиционалном плурализму извора права у Османском царству и у њему се пре свега објашњавају природа милетског система (исламског облика аутономије на персоналној основи за хришћане и Јевреје) и правни плурализам који је из њега произашао. Као основне разлике у односу на премодерно европско право Зимон издваја изостанак научног бављења правом у световној сфери, другачији статус обичајног права (без записивања и научне обраде) и непостојање кодификација усмерених на превазилажење плурализма. Други део рада се бави Србијом као представницом првог у наслову поменутог модела – националног препорода, и представља сажету синтезу радова у зборнику посвећених Србији, приказујући три главна аспекта: изградњу нације и националне државе, развој правне науке и модернизацију позитивног права.[2] У трећем делу се на сличан начин приказује други образац – 'колонијална модернизација' на примеру правног развоја Босне и Херцеговине после аустроугарске окупације, а затим анексије.

Део о Босни отвара рад Фикрета Карчића „Опстанак османско-исламских прописа у постосманским временима у Босни и Херцеговини" („*Survival of the Ottoman-Islamic Laws in post-Ottoman Times in Bosnia and Herzegovina*"). У уводу аутор наглашава да се правни систем Османског царства састојао од шеријатског права, кануна османских султана и милетског (верског и обичајног) права неисламских поданика. Управо тај систем аутор назива 'османско-исламским' правом. Међутим, он се заправо бави само са прва два елемента тог система, у светлу њиховог прихватања под аустроугарском влашћу, а затим и у југословенској држави. У раду је дат списак најважнијих правних књига и збирки фетви, кодификација и компилација шеријатског права, као и кануна османских султана који су донети у оквиру Танзимат реформи, уз сумарне напомене о њиховој садржини и важењу после престанка директне османске власти. Говори се о статусу шеријатских судова, начину постепеног укидања османског права (директно и индиректно), уз неке напомене о друштвеним последицама те специфичне ситуације.

---

[2] С обзиром на распоред радова у зборнику, о чему ће бити речи, у овом делу се помињу и Валтазар Богишић и његов допринос расправи о кодификовању грађанског права.

Детаљнији преглед те ситуације у приватном праву пружа рад Мехмеда Бећића „Приватно право у Босни и Херцеговини (1878–1918). Ка коегзистенцији аустријских и османских правних установа“ („*Das Privatrecht in Bosnien-Herzegowina (1878–1918). Zur Koexistenz österreichischer und ottomanischer Rechtsinstitutionen*“). У раду се говори о постепеним изменама правног система у Босни и Херцеговини под аустроугарском влашћу, од почетног прихватања затеченог стања, ка постепено све већем упливу аустријских прописа. Нарочито је маркантан податак да су одредбе Мецела (османског грађанског законика) судије све чешће проглашавале непримењивим, како би се по аналогији употребио аустријски Грађански законик (АГЗ): то нагињање аустријском праву ишло је дотле да је Виши суд у Сарајеву морао да упозорава ниже судове да се не смеју изричито позивати на одредбе АГЗ јер он (још увек) није на снази у окупираним провинцијама. Осим очекиваном материјалном праву, аутор велику пажњу посвећује организацији и пракси судова који су судили у приватноправним споровима, од којих најдетаљније приказује редовне световне и шеријатске судове, али описује и верске судове других вероисповести, надлежне за брачна питања.

Ту целину затвара рад Едина Радушића „Остаци османског аграрног законодавства и пракса у Босни под аустроугарском влашћу“ („*Remnants of Ottoman Agrarian Legislation and Practice in Bosnia under Austro-Hungarian Rule*“). Нагласивши на почетку да је аграрно питање било уско скопчано са верским и националним, у виду сукоба између муслиманских ага и бегова и православних српских кметова, аутор описује његову еволуцију током целокупног периода аустроугарске владавине. Аустроугарска власт испрва није интервенисала у законодавство већ је само инсистирала на спровођењу дотадашњих османских прописа и решавању спорова у вези са земљом; тек постепено на дневни ред локалног парламента долази питање откупа кметовских земаља, али је и ту усвојено мање драстично решење – могућност откупа на добровољној основи уз државни зајам. Тек пред почетак Првог светског рата бечка влада је почела да разматра придобијање Срба увођењем обавезног откупа поседа, али, како аутор показује, ни то решење није сматрано политички адекватним.

Први у делу о Србији је рад Драгољуба Поповића „Освит људских права у српској правној мисли“ („*The Dawn of Human Rights in Serbian Legal Thought*“). Представивши укратко основне идеје философије права Срба из прека пре Првог српског устанка, аутор се фокусира на развој идеја током устанка, почев од идеја правде и правне сигурности које се јављају још и у народној поезији („Почетак буне против дахија“), преко идеја права народа које су формиране током устанка у контакту са Русијом и Аустријом и

успостављањем устаничких органа власти (и ограничавање власти вожда), до достигнућа три најзначајнија интелектуалца тог периода – Доситеја Обрадовића, Лазара Војновића и Теодора Филиповића (Божидара Грујовића). Последњи део је и најобимнији: садржи кратке биографије тих мислилаца и детаљну анализу њихових дела – од имплицитног постојања идеје људских права у Доситејевој мисли, до њиховог изричитог набрајања у Филиповићевом *Слову*.

Исти период, али из другог угла, посматра Срђан Шаркић у свом раду „Почеци српске уставности" („*The Beginning of Serbian Constitutionality*"). Аутор испрва описује руске покушаје интервенције у уставни поредак устаничке Србије – тзв. Паулучијеву конвенцију, Родофиникиново „Основаније правитељства сербскаго" и савете и идеје кнеза Прозоровског – да би се затим концентрисао на уставне акте из 1808. и 1811. године. Коначно, аутор у закључку разматра неопходне услове да би се један документ сматрао уставом у модерном смислу те речи, те објашњава зашто се наведени акти могу назвати уставним актима, али ипак не уставима. Вреди поменути да тај рад садржи детаљна објашњења у фуснотама о свим поменутим српским историјским личностима и географским појмовима, што страном читаоцу може знатно да олакша сналажење.

Затим следи рад Уроша Станковића „Историјски развој кривичног поступка у Србији 1815–1865" („*Historische Entwicklung des Strafprozesses in Serbien 1815–1865*"). У уводу аутор даје преглед главних извора и литературе те у најкраћим цртама скицира кривични поступак у средњовековној Србији, под османском влашћу и за време Првог устанка. У централном делу рада најпре говори о врстама судова и њиховој надлежности, издвајајући три фазе: прва је трајала од 1815. до почетка двадесетих година XIX века (двовлашће у судству), друга од оснивања самосталних српских судова до доношења Турског устава 1838, а трећа до доношења Законика о кривичном поступку 1865. године. Затим описује ток поступка, од покретања досуђења у вишим инстанцама, издвајајући ту на крају другачије три фазе од 1815. до Устројства окружних судова из 1840, од њега до Полицијске уредбе из 1850. године, те коначно до Законика о кривичном поступку.

О материјалном кривичном праву говори Зоран Мирковић у свом раду „Главне казне у Србији (од 1804. до 1860)" („*Hauptstrafen in Serbien (von 1804 bis 1860)*"). У обимном уводу аутор даје приказ улоге коју је персонални принцип примене права још увек играо у том периоду (изузимање османских поданика из српског судства) и преглед главних извора кривичног права у то време. Затим по реду анализира смртну казну, казну трчања кроз шибе, казну батина, новчану казну и казну лишења слободе, дајући за сваку еволутивни ток

њеног развоја (у случају телесних казни – до укидања), опсег примене и начин извршења, са примерима из праксе. На крају рада приложене су табеле са статистиком осуда на смртну казну за период 1841–1860. и казну шибе за период 1847–1859, као и за замене тих казни казном затвора.

Следећи је рад Симе Аврамовића „Српски грађански законик из 1844: бојно поље правних традиција" („*The Serbian Civil Code of 1844: A Battleground of Legal Traditions*"). Осим упознавања стране публике са српским Грађанским закоником (СГЗ), рад је замишљен као реевалуација устаљене идеје о СГЗ као о лошем законику, који наводно представља само скраћену копију аустријског Грађанског законика. Тај детаљан и обиман рад (преко 100 страница) описује испрва историјат настанка Законика, затим реакције и критику у различитим периодима и коначно изворе који су на њега утицали: АГЗ, *Code civil*, римско право, српско обичајно право, црквено право, па и заостаци османског (шеријатског и световног) права. Посебан одељак посвећен је и терминологији и језику законика. Аутор закључује да СГЗ није законик без мана, али да представља иновативну и квалитетну компилацију различитих елемената, међу којима претеже аустријски утицај, те да још увек има доста простора за истраживање опсега и значаја утицаја различитих извора.

На терен кривичног права враћа нас рад Драгана Николића „Кривични законик за Кнежевину Србију из 1860" („*The 1860 Criminal Code of the Principality of Serbia*"). У раду се најпре објашњава стање српског кривичног права пре доношења Законика (при чему се наглашава непостојање начела законитости), а затим се прелази на историјат рада на доношењу Законика и његове узоре – пре свега пруски Кривични законик из 1851, али и раније домаће прописе, нарочито у погледу иступа. Од садржине Законика, приказане су у основним цртама одредбе општег дела, а од посебног дела, примера ради, одредбе које се односе на кривична дела против државе и владара и против власти и политичког система. Осим стања из 1860. године, приказане су и измене и допуне које су уследиле већ 1861.

Следећи је рад Жике Бујуклића „Стварање нације и постанак српских правних студија у деветнаестом веку" („*Nation-building and the Emergence of Serbian legal Studies in the Nineteenth Century*"). Подељен је на два велика дела. У првом се говори о настанку правничке терминологије у српском језику, од бечког *Речника правно-политичких термина словенских језика Аустрије* из 1853. године (састављеног за српски, хрватски и словеначки језик), преко става Вука Караџића о том питању, до недовршеног пројекта Стеријиног *Називословног речника*. Други део рада посвећен је пореклу српске правне науке и правничког образовања, са фокусом на изучавање и

наставу римског права и његов значај за развој правне науке у Србији. Аутор најдетаљније обрађује ситуацију у XIX веку, али у основним цртама иде до савременог доба, завршавајући значајем професора Драгомира Стојчевића и тзв. београдске романистичке школе.

Последњи рад у делу зборника посвећеном Србији се, заправо, бави правом Црне Горе: у питању је чланак Стефана Медера (*Stephan Meder*) „Обичајно право и законско право. Ка учењу о правним изворима Валтазара Богишића у мотивима за црногорски законик из 1888" („*Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht. Zur Rechtsquellenlehre von Valtazar Bogišić in den Motiven zum montenegrinischen Gesetzbuch von 1888*"). Аутор анализира мотиве које је Богишић изнео у делу „Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори", а нарочито његове ставове о односу обичајног и законског права и 'правде и правице' као извора и једног и другог. Мада је фокус несумњиво на Богишићу и Општем имовинском законику (ОИЗ), Медер га ставља у шири контекст, па тако пореди Богишићеве идеје са учењем о изворима Франца Адикеса (*Franz Adickes*, 1846–1915), а уз Богишићеву одлуку да породично право не укључи у ОИЗ примећује да се иста материја показала најнезгоднијом и за хармонизацију у оквиру Европске уније.

Зборник се завршава радом Михаела Шмидт-Некеа (*Michael Schmidt-Neke*) „Албанско уставотворство до 1928. на терену сукоба између Османског царства, европских сила, САД и држава у региону" („*Albanische Verfassungsgebung bis 1928 im Spannungsfeld zwischem dem Osmanischen Reich, den europäischen Mächten, den USA und den Staaten der Region*"). У уводу се кратко описује положај Албаније под османском влашћу, а почев од проглашења независности 1912. године анализирају се уставни документи (који су у том периоду, све до 1946. године, носили назив 'статут', а не 'устав'), њихове честе промене и извори. Нарочита пажња је посвећена утицају страних сила, како директном и присилном (попут Статута Албаније из 1913, који су донеле велике силе на Лондонској конференцији без учешћа Албанаца), тако и политичком (све већи утицај Италије у међуратном периоду одразио се и на уређење Албаније) и само правном, попут утицаја устава САД на републикански Статут из 1925. године. Рад се завршава кратким поређењем монарходикататуре Ахмета Зогуа, уведене 1928, са диктатурама у другим балканским државама у истом периоду.

Иако очигледно не претендује да систематично и потпуно прикаже правни систем сваке од земаља којом се бави, зборник представља хармоничну целину. Кроз све радове се јасно (али без наметљивости) провлачи идеја сукоба и комбиновања различитих извора и концепција правне регулативе, тражења праве равнотеже између модернизације права и традиционалних вредности.

Евентуална замерка издавачу могла би се упутити у погледу неких техничких аспеката. Највише упада у очи да нема објашњења зашто је рад Стефана Медера, посвећен Општем имовинском законику за Црну Гору, сврстан у део о Србији. Приметна је и неуједначеност пратећих елемената радова: неки садрже списак извора и литературе, а други не, док свега један рад у зборнику има резиме. Једнообразност по овом питању тешко да би утицала на слободу научног рада аутора. Можда се могло размотрити и увођење уједначене транскрипције за страна имена и термине, чак и српске, а нарочито османске. Ипак, тако ситне несавршености не умањују суштински изузетно висок квалитет и концепције зборника у целини и појединачно узетих доприноса аутора.

Коначно, вреди приметити да рад на темама које је отворио овај зборник није завршен његовим објављивањем, напротив. Одржана је врло успешна промоција у Бечу, а потом, као својеврстан наставак ове идеје истраживања, на Правном факултету Универзитета у Београду 16. и 17. марта 2018. године одржана је конференција „Правни плурализам у XIX и XX веку" („*Legal Pluralism in the 19th and 20th Century*"), на којој су учествовали многи од аутора који су писали за овај зборник, али и други аутори из Немачке и региона. Међу њима је свакако најзначајнији гост био проф. др Михаел Штолајс (*Michael Stolleis*), професор емеритус Универзитета „Јохан Волфганг Гете" у Франкфурту на Мајни, дугогодишњи директор Института за европску правну историју „Макс Планк" у Франкфурту и члан многих академија и научних удружења. После тих успешних окупљања, јасно је да ће ове теме и надаље привлачити пажњу наших и страних истраживача, поготово због тога што је правна историја Србије и овог региона коначно постала доступнија истраживачима и на страним језицима.

Др Момир Милојевић*

ЂУРИЦА КРСТИЋ
(1924–2018)

„Чашу меда јошт нико не попи/ Док је чашом жучи не загрчи/ Чаша меда иште чашу жучи/ Смијешано најлакше се пије“, поручио је велики песник и филозоф не рекавши да ли се чаше испијају једна за другом, свакодневно или у дужим временским размацима. Догодило ми се то у последњих шест месеци. Испијао сам „чашу меда“ почашћен да прочитам предлог и образложење за награду Фондације „Миодраг Јовичић“ за 2017. годину Ђурици Крстићу. По завршетку службеног дела свечаности Ђурица Крстић је дао изјаву за *Политику*, а затим смо извесно време провели у опуштеном разговору. Пред крај прошле године изашла је из штампе његова књига *Балкан као судбина*, чије је представљање било заказано за 23. јануар ове године. Та чаша меда ми је загорчана одсуством аутора због болести, а онда две чаше жучи: прва да је Ђурица у болници, а друга да је преминуо. Као да је за кратко време пролетео читав живот дуг скоро једно столеће.

Ђурица Крстић је рођен у Скопљу, где је завршио основну школу. У Београду је учио елитну Трећу мушку гимназију. Даље школовање је прекинула окупација Југославије, коју је његова породица провела ван Београда. После завршетка рата уписао се на Правни факултет у Београду, на коме је дипломирао (1954) и докторирао (1965). Магистрирао је на Универзитету у Чикагу у области англосаксонског и упоредног права (1967).

Научну каријеру Ђурица Крстић је почео у првим годинама рада Института за упоредно право, а завршио је у Балканолошком институту Српске академије наука и уметности. Упоредо са научном каријером постао је велики сарадник *Анала Правног факултета у Београду* упознајући нашу стручну јавност са страним и међународним

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

правом, нарочито у области ваздухопловног приватног права, коме је посветио и докторску дисертацију. Време проведено у Балканолошком институту посветио је изучавању обичајног права, о чијем је значају написао више радова и одржао предавања, међу којима и на *Октобарским правничким данима* у Бања Луци (2010). За њега обичајно право није било, како је говорио, „прохујала прошлост" већ ће бити вредно пажње и у 21. и у 22. веку.[1]

Ђурица Крстић је писао и у другим часописима (*Архив за правне и друштвене науке*, *Југословенска ревија за међународно право*, *Међународни проблеми*, *Правни живот*, *Зборник радова о страном и упоредном праву* и др.), зборницима радова са научних скупова на којима је учествовао. У Српској академији наука и уметности био је члан Одбора за изворе српског права и Одбора за астронаутику. Објављивао је радове у издањима Српске академије наука и уметности и њених института и у страним часописима.

Не испуштајући перо из руку, Ђурица Крстић се деценијама бавио превођењем значајних дела Нила Балфура, Селија Мекеја (*Кнез Павле Карађорђевић*), Адама Смита (*Теорија моралних осећања*), Жоржа Гурвича (*Социологија права*), Арнолда Тојнбија (*Проучавање историје*), Питирима Сорокина (*Друштвена и културна динамика*), Роналда Дворкина (*Суштина индивидуалних прва*), а врхунац представљају преводи капиталних дела Ханса Моргентауа (*Теорија међународне политике*) и Роскоа Паунда у три тома (*Јуриспруденција*), које има и посебан значај јер га је Паунд завршио када је имао 90 година. Подвиг достојан пажње, нарочито као подстрек онима који, спортским језиком речено, теже рекорду у продужавању стваралачке моћи, да не поклекну пред годинама. Ђурица Крстић је претекао у том погледу Паунда и поставио два нова „рекорда": Моргентауову књигу је превео у 92. а своју књигу *Балкан као судбина* завршио је и објавио у 94. години живота! Љубитељ младих би данас узвикивао: „Напред у рушење рекорда!" Трка може да почне.

Старој стручној јавности Ђурица Крстић је подарио преводе на енглески језик Душановог законика (Бистрички препис), Закона о облигационим односима и књиге професора Мирка Васиљевића *Компанијско право*.

Као један од наших најбољих стручних преводилаца, Ђурица Крстић се сврстао међу великане тога посла као што су Стојан Новаковић и Миленко Весић, а од млађих Божидар С. Марковић.

Богат и узбудљив живот Ђурице Крстића као да се поклапа са историјом државе којој је, и поред свог космополитизма, припадао целим својим бићем. Рођен у време када су још постојале наде

[1] Вид. Ђурица Крстић, „Обичајно право – прохујала прошлост или категорија вредна пажње и у 21. веку?", *Правна ријеч* 22/2010, 295–304.

да ће развој друштва ићи у смеру означеном Вилсоновим „тачкама“, Ђурица Крстић је убрзо доживео сва искушења којима су свет и његова држава били изложени. Са својим родитељима и са својом генерацијом морао је да издржи све патње и сва страдања којима су били изложени. Имао је срећу да их преживи, али је током читавог живота морао да се прилагођава сталним променама, често супротним његовим схватањима живота и односа у друштву. У том погледу је био срастао са својом државом као да се поистоветио са њом. Неко би рекао да је био као његова држава – борио се и преживљавао. Или обрнуто: ако хоћеш да упознаш Србију, довољно је да упознаш Ђурицу Крстића. Ђурица Крстић је имао срећу да живи у држави која је преживела Други светски рат и разне санкције, а данас се бори за свој опстанак. У својој књизи је изложио мишљење како треба живети да би се преживело и дуго живело. Основна мисао је да се треба жилаво борити до краја, вероватно као што су се Мишићеви борци борили у Првом светском рату.

Посматрајући данас живот Ђурице Крстића у целини, подсећамо се завршне реченице докторске дисертације Милована Миловановића од пре 130 година: „Само народ који се бори може да нађе поборника своје ствари.“ Мудрима и данас то може да буде довољно. Маленој Србији једино то преостаје. Хвала Ђурици Крстићу за све што је урадио и за аманет који нам је оставио.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланци предати за објављивање у часопису *Анали Правног факултета у Београду* подлежу обавезној анонимној рецензији два рецензента којима није познат идентитет аутора, као што ни аутору није познат идентитет рецензената.

Радови се предају у електронском облику на адресу *anali@ius.bg.ac* или путем платформе за електронске публикације Правног факултета Универзитета у Београду на *http://ojs.ius.bg.ac.rs/*.

Текстови се куцају ћирилицом и по правилу не треба да буду дужи од једног табака. Изузетно, максимални обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Уколико текст пређе дозвољени обим, биће одмах враћен аутору на неопходно скраћивање. Рецензенти неће бити одређени све док дужина текста не задовољи предвиђени обим.

У горњем левом углу, пре наслова рада, наводи се академска титула, име и презиме аутора, а у пратећој фусноти која се означава звездицом, установа у којој је аутор запослен или друга афилијација, звање аутора и електронска адреса.

Текст намењен за рубрику „Чланци" мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова (апстракт) и до пет кључних речи. На крају текста се налази резиме (*summary*) приближног обима и до пет кључних речи, са насловом рада на енглеском језику. Додатно, потребно је навести и списак литературе, фонт *Times New Roman* 11. Списак обухвата уџбенике, монографије и чланке цитиране у раду, као и интернет адресе на којима су доступни. Приликом навођења литературе, прво се наводи презиме, затим прво слово имена цитираног аутора, а потом остали подаци у складу са правилима цитирања.

У интересу аутора је да наслов и кључне речи што верније и концизније одражавају садржај рада. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури и анонимним рецензијама.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италик словима (фонт 12), итд. са мањим фонтом.

За објављивање се предају искључиво оригинални радови, који не представљају део одбрањене тезе, објављене монографије или књиге, као и они који нису објављени или понуђени другом часопису. О томе аутор доставља изјаву приликом слања текста Редакцији. У супротном Редакција може да прекине сваку будућу сарадњу с аутором.

Етички кодекс је доступан на интернет страници *Анала*.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика у погледу правописа, граматике и стила.

Анали Правног факултета у Београду излазе квартално – три домаћа издања и једно међународно (број 4) и то крајем марта, јуна, септембра и децембра. Рокови за пријаву радова су 31. јануар за први број, 30. април за други број, 31. јул за трећи број и 31. октобар за четврти (међународни) број.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., p., pp., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994^3).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртом.

Пример: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

2. **Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига).

Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора. Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања“, *Анали Правног факултета у Београду* (*Анали ПФБ*) 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit.*, нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у за–гради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова a, b, c, d, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995a), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље“ с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.

Пример: М. Петровић (1995а), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid*.

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid*., 69.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се назнака „eds.“ пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.“, односно одговарајућа скраћеница у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg.“). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са назнаком „ур.“ пре имена.

Пример: A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

7. Прописи се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис измењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12 итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. се пишу курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану курзивом и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, *http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e. asp*, 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „упоредити“ се користи скраћеница „Упор.“

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна бибилиотека Србије, Београд

34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Belgrade Law review : Journal of Legal and Social Sciences / главни уредник Мирко Васиљевић. – [Српско изд.]. – Год. 1, бр. 1 (1953)– . – Београд : Правни факултет, 1953– (Београд : Службени гласник). – 24 cm

Тромесечно. – Сваки 4. број у години на енгл. језику
– Drugo izdanje na drugom medijumu: Анали Правног факултета у Београду (Online) = ISSN 2406-2693. –
ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514